أسس القضاء والشهادة

تأليف

سماحة آية الله العظمى

الشيخ الميرزا جواد التبريزي

(دام ظله)

بسم الله الرحمن الرحیم

اسس القضاء و الشهادهٔ

كاتب:

جواد تبریزی

نشرت فی الطباعهٔ:

دارالصدیقه الشهید

رقمی الناشر:

مرکز القائمیهٔ باصفهان للتحریات الکمبیوتریهٔ

الفهرس

اسس القضاء و الشهادة

اشارة

نام كتاب: اسس القضاء و الشهادة

موضوع: فقه استدلالى

نويسنده: تبريزى، جواد بن على

تاريخ وفات مؤلف: ۱۴۲۷ ه ق

زبان: عربى

قطع: وزيرى

تعداد جلد: ۱

ناشر: دفتر مؤلف

تاريخ نشر: ه ق

نوبت چاپ: اول

مكان چاپ: قم- ايران

[المقدمة]

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحمد للّه رب العالمين و صلى اللّه على سيدنا محمّد و آله الطيبين الطاهرين.

و بعد، فيقول المفتقر إلى رحمة ربّه جواد بن على التبريزى غفر اللّه لهما:

لما فرغت من بحوث القضاء و الشهادات أردت أن أبرزها بصورة التأليف لتكون تذكرة لى و عسى أن تنفع غيرى من رواد العلم و الفضيلة و الصالحين للتصدى لمنصب القضاء و فصل الخصومة.

و قد اخترت لعناوين الأبحاث كتاب الشرائع لحفظ تراثنا و امتيازها مع إيجازها بالاشتمال على جلّ المباحث و المسائل.

و أسأل اللّه سبحانه أن يوفّقنى بإخراج سائر بحوثى بصورة التأليف و أن يجعلها ذخرا ليوم معادى يَوْمَ لٰا يَنْفَعُ مٰالٌ وَ لٰا بَنُونَ، انّه سميع مجيب.

المؤلف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴

[كتاب القضاء]

اشارة

كتاب القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم فى صفات القاضى و آدابه و كيفية الحكم و أحكام الدعاوى (۱)

....

(۱) قد جعل– قدّس سرّه– بحث القضاء أربعهٔ أقسام، و عبّر عن كل قسم بالنظر:

النظر الأوّل: في صفات القاضي، أي الأمور المعتبرهٔ في المتصدي للقضاء، ليجوز له قضاؤه تكليفا و وضعا، بمعنى نفوذه في حق المتخاصمين و غيرهما، و لا يخفى أنّ ما يعتبر في جواز قضائه تكليفا عليه إحرازها في نفسه، لأنّ القضاء فعله و لا يفيده إحراز غيره، و ما يعتبر في نفوذ قضائه على المتخاصمين إحرازها فيه لينفذ حكمه في حقّهما، و كذا غيرهما ممّن يريد ترتيب الأثر على قضائه.

النظر الثاني: في الآداب، يعني الأمور المطلوبهٔ من القاضي أو الجائزهٔ له.

النظر الثالث: في كيفيهٔ الحكم، يعني بيان الأمور التي على القاضي الاعتماد عليها في قضائه و ما يعتبر رعايته بالإضافهٔ إلى المتخاصمين.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۶

....

النظر الرابع: في أحكام الدعاوي، يعني الوظائف المقررهٔ بمقتضى أدلّهٔ الأحكام في موارد الاختلافات و المنازعات في الأموال و العقود و الإيقاعات و المواريث و الأولاد.

و ينبغي قبل الشروع في النظر الأوّل التعرض لمعنى القضاء و الحكم و بيان الفرق بينه و بين الفتوى، فنقول:

القضاء لغهٔ يطلق على معان: منها الحكم كقوله سبحانه ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمّا قَضَيْتَ «۱» و فَاقْضِ ما أَنْتَ قاضٍ «۲»، و منها الإنهاء و الإتمام كقوله سبحانه فَلَمّا قَضى مُوسَى الْأَجَلَ «۳» و أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ «۴»، و منها الأمر كقوله سبحانه وَ قَضى رَبُّكَ أَلّا تَعْبُدُوا إِلّا إِيّاهُ «۵» و منها الحتم فَلَمّا قَضَيْنا عَلَيْهِ الْمَوْتَ «۶»، و منها الفعل و الخلق:

فَقَضاهُنَّ سَبْعَ سَماواتٍ «۷» و يمكن إرجاع بعضها إلى بعض كارجاع الأمر إلى الحكم.

و كيف كان فالمراد بالقضاء في المقام هو إنشاء الحكم الجزئي لحصول الموضوع أو المتعلق لكليهٔ المجعول في الشريعهٔ بمفاد القضيهٔ الحقيقيهٔ، أو

(۱) النساء: ۶۵.

(۲) طه: ۷۲.

(۳) القصص: ۲۹.

(۴) القصص: ۲۸.

(۵) الإسراء: ۲۳.

(۶) سبأ: ۱۴.

(۷) فصلت: ۱۲.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۷

....

الحكم بعدم الحصول فيما إذا وقعت الخصومهٔ و المنازعهٔ في حصول أحدهما بين شخصين أو أشخاص، أو تعيين الحكم في واقعهٔ

خارجية بتطبيق الكبرى المقررة فى الشرع على تلك الواقعة فيما إذا وقعت المخاصمة فى حكم تلك الواقعة، إمّا لجهل المتخاصمين بتلك الكبرى الكلية المجعولة فى الشرع أو اختلافهم فى تلك الكبرى.

و قد يطلق الحكم على ما ذكر و على مطلق الحكم بحصول الموضوع فيما إذا وقعت الشبهة فيه بين الناس من غير مخاصمة كالحكم برؤية الهلال، كما يطلق أيضا على تعيين الوظيفة الفعلية على الناس فى مورد أو موارد لرعاية المصلحة العامة الموجبة له، و يعبّر عن هذا القسم بالحكم الابتدائى.

و يحتمل أن يكون إطلاق القضاء على جميع ما ذكر بمعنى الحكم و يكون من تغليب المطلق على بعض أفراده، و يحتمل أنّ إطلاقه على الحكم فى موارد المخاصمة بمعنى الإنهاء و الإتمام، فيكون إطلاقه على غيره بالعناية أو بمعنى مطلق الحكم، و لا ينافى ذلك ما يأتى من أنّ الأدلة الواردة فى نفوذ القضاء و الحكم قاصرة عن شمولها لموارد غير المخاصمات، هذا كلّه فى القضاء.

و أمّا الفتوى فهى تعيين الأحكام المجعولة فى الشرع بنحو القضايا الحقيقية المستفادة من مداركها و تعيين ما يعتبر فى موضوعاتها و متعلقاتها من القيود نفيا أو إثباتا.

و هل كما أنّ جواز الإفتاء لمن كان عدلا فى دينه و عالما بالأحكام الشرعية من مداركها من قبيل الحكم و الموضوع كذلك جواز القضاء، أو أنّ جواز القضاء و الولاية عليه يحتاج إلى النصب عاما أو خاصا؟ ظاهر المشهور أنّ القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٨

....

منصب يعطى، كما هو مقتضى أخذهم الولاية فى تعريفه. و أنّه ولاية الحكم، و لعلّ مرادهم انّ القضاء بالأصالة منصب للنبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الإمام- عليه السلام- و قيام الغير به يحتاج إلى نصب النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أو الإمام.

جاء فى صحيحة سليمان بن خالد: «اتّقوا الحكومة فإنّها للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبى» «۱».

و فى رواية إسحاق بن عمار عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام- لشريح: «يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلّا نبى أو وصى نبى أو شقى» «۲».

و فى معتبرة سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فإنى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» «۳».

و ظاهر هذه الروايات انّ ولاية القضاء للرجل المزبور اعطى من قبل الإمام- عليه السلام-، و مثلها مقبولة عمر بن حنظلة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فإنّ فيها:

«ينظران من كان منكم ممّن قد روى حدثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما فإنّى قد جعلته حاكما» «۴».

و لا ينافى ذلك ما عن المشهور أيضا بل لم ينقل الخلاف فيه من أنّ القضاء واجب، فإن انحصر القاضى بواحد تعيّن عليه القضاء، و كذا فيما إذا لم

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۳: ۷.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲: ۷.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵: ۴.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۹ من أبواب صفات القاضى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹

....

ينحصر بواحد و لكن لم يكف الواحد بحاجة البلد، و مع تعدده و الاكتفاء بواحد يكون القضاء واجبا كفائيا على حد سائر الواجبات الكفائية، و علّل ذلك بتوقف نظم البلاد و العدل بين الناس عليه و انّ الظلم من شيم النفوس فلا بدّ من حاكم ينتصف للمظلوم من ظالمة، و لأنّ القضاء داخل فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و الوجه فى عدم المنافاة أنّه يجب على من شمله النصب العام القيام به بما ذكروا، بل يجب على الناس تحصيل ما به يعمّهم النصب العام بنحو الواجب الكفائى، نظير ما يذكر من وجوب التفقّه فى الدين، و يمكن أن يستفاد ذلك من قوله سبحانه يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلى أَنْفُسِكُمْ «۱»، حيث إنّ وجوب القيام بالقسط مقتضاه تحصيل ما يحتاج إليه فى القيام بالقسط.

و لكن الاستدلال على نفوذ القضاء بالآية المزبورة، بل استفادة نفوذه من دليل وجوب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، كما ترى، مع أنّ وجوب الحكم بعنوان الأمر بالمعروف و القيام بالقسط فيما إذا أحرز أنّ أحد المتخاصمين يعمل المنكر مع علمه بالمنكر أو يترك المعروف مع علمه به كما هو مقتضى عدم وجوب إرشاد الجاهل و الغافل فى الموضوعات، أو أحرز أنّ أحد المتخاصمين يظلم الآخر كما هو مقتضى الأمر بالقيام بالقسط.

و على كلّ حال سواء كان القضاء ولاية معطاة أو كان جوازه من قبيل سائر الموضوعات و أحكامه، فلا ينبغى التأمل فى نفوذ القضاء ممّن له أهليته، فإنّ

(۱) النساء: ۱۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰

....

النفوذ مقتضى جعله حاكما أو قاضيا، و معنى نفوذه على المتخاصمين أنّ عليهما العمل به من ثبوت المدعى به أو عدم ثبوته أو سقوط الحق و عدم سقوطه، و على السائرين بمعنى جواز ترتيب الأثر و عدم جواز العمل على خلاف مقتضى ذلك القضاء حتى ما إذا كان القضاء فى موارد نشأ الاختلاف من الحكم الواقعى الكلى.

و بهذا يظهر المراد من قولهم: إنّ الحكم لا ينقض بالفتوى و لكن الفتوى تنقض بالحكم، فإذا كان رأى أحد المتخاصمين اجتهادا أو تقليدا على خلاف قضاء القاضى تكون الواقعة الخاصة خارجة عن الفتوى المعتبرة فى كلى تلك الواقعة، فيعمل فى تلك الواقعة على طبق القضاء، و لا يجوز لقاض آخر نقض ذلك القضاء، حتى لو عدل القاضى المزبور عن فتواه فلا يجوز له نقض قضائه السابق بل يكون قضاؤه فيها خارجا عن الكبرى التى استنبطها عن الأدلّة لاحقا، و هذا مقتضى ما دلّ على نفوذ قضائه.

نعم، تأتى بعض الموارد فى جواز النقض، كما يأتى أنّ القضاء لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه، فمن أحرز بالوجدان أنّ ما قضى به على خلاف الواقع فعليه رعاية الواقع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱

[النظر الأوّل: فى الصفات]

اشارة

النظر الأوّل:

فی الصفات (۱).

---

(۱) يقع الكلام فی صفات القاضی بالإضافة إلی القاضی المنصوب و بالإضافة إلی قاضی التحكيم.

فإنّ القاضی علی نحوين:

قاضی التحكيم، و هو أن يتراضيا- أی الخصمان- بنظر شخص فی واقعتهما و قضائه و فصل الخصومة بينهما، و هذا القاضی يعتبر علمه بالقضاء و قوانينه فی تلك الواقعة، و إلّا كان حكمه و قضائه فيها من غير علم فيكون ملعونا و مع قضائه فيها بالعلم يكون قضائه نافذا، و لكن لا يترتب علی هذا الشخص شؤون القاضی المنصوب من إلزامه الخصم بالحضور مع طرح أحد الخصمين الدعوی عنده أو الإجبار علی العمل بحكمه بعد قضائه.

و يشهد بنفوذ قضائه عليهما صحيحة الحلبی «قال: قلت لأبی عبد اللّه- عليه السلام-: ربّما كان بين الرجلين من أصحابنا المنازعة فی الشیء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذی يجبر الناس علی حكمه بالسيف و السوط» «۱».

فإنّ تجويز المراجعة إليه ظاهره نفوذ قضائه و حكمه، و ما فی ذيلها اشارة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۱ من أبواب صفات القاضی، الحديث ۸: ۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲

....

إلی قاضی الجور المنصوب من قبل الولاة فی عصره- عليه السلام-، و قد ذكروا- عليهم السلام- أنّ المرافعة إليهم إيمان بالجبت و الطاغوت.

و الثانی: القاضی المنصوب، و إنّما يتصور المنصوب بالنصب الخاص فی زمان الغيبة إذا كان للمتصدی لأمر المسلمين و لو فی بقعة من الأرض الولاية الشرعية للزعامة عليهم و حفظ بلادهم من كيد الأعداء و تحصيل الأمن لهم الموقوف علی تعيين قاض أو قضاة فيها ممن شملهم النصب العام، و أمّا مجرّد النصب العام فقد تقدم استفادة إعطاء الولاية ممّا دلّ عليه بحيث يثبت لمن يعمّه النصب غير نفوذ قضائه مع تراضی المتخاصمين بالمحاكمة عنده من سائر الآثار كالتصدی لتنفيذ قضائه أو إلزام الخصم بالحضور للمرافعة مع رجوع المدعی إليه و غير ذلك مما يعد من شؤون القاضی كالحكم بثبوت موجب الحد علی الشخص مشكل و ان لا يبعد الالتزام بأنّ من شمله النصب العام له ذلك لا لدلالة ما دل علی النصب العام عليه بل للعلم بأنّ هذه الأمور ممّا لا بدّ من التصدی لها مع التمكن و المتيقن من المتصدی لها من شمله النصب العام.

و دعوی استفادة كل ذلك ممّا دلّ علی وجوب الأمر بالمعروف و النهی عن المنكر و القيام بالقسط و العدل لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ أدلّة الأمر بالمعروف لا تقتضی نفوذ أصل القضاء علی المتخاصمين، فضلا عن دلالتها علی نفوذ غيره ممّا يترتب علی نفوذ القضاء، بل لا يقتضی وجوب النظر فی أمر المترافعين إلّا فيما إذا علم الشخص إجمالا، بأنّ أحد المترافعين يعمل المنكر مع علمه بأنّه منكر أو يترك المعروف الواجب عليه مع علمه به، فيجب النظر مع هذا العلم لا للقضاء، بل للقيام بالأمر بالمعروف و النهی عن المنكر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳

و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذكورة (۱).

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى الاستدلال بالآية المباركة فإنّ الآية غايتها أنّها تعم القضاء، و أمّا نفوذه و المقدار النافذ من فعل القاضى بعد قضائه فليست ناظرة إليه، و بتعبير آخر لا يزيد شمولها للقضاء عن شمولها للشهادة، فكما لا دلالة لها على شرائط الشهادة و القيود المعتبرة فى نفوذها كذلك فى ناحية القضاء، و إلّا جاز لكل أحد تنفيذ قضاء القاضى و لو بالتصرف فى أموال المدّعى عليه، بدعوى أنّ التنفيذ و لو بالتصرف فيها بعد قضاء القاضى بثبوت الدين مثلا قيام بالقسط، مع أنّ مقتضى ما دلّ على المنع عن التصرف فى مال الغير بلا طيبة نفسه كون التصرّف المزبور جورا على المدعى عليه.

(۱) لا- ينبغى التأمّل فى أنّ نفوذ القضاء سواء فسّرت الولاية على القضاء به أم بغيره خلاف الأصل، حيث إنّ مقتضاه عدم الجعل فيحتاج إثبات النفوذ بمجرده أو مع جواز الإلزام بقضائه و تنفيذه إلى قيام الدليل عليه.

و قد تقدم أنّ الولاية على القضاء للنبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و وصيه- عليه السلام-، و فى صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «اتّقوا الحكومة فإنّ الحكومة للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين لنبى أو وصى نبىّ» «۱»، و فى رواية إسحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال أمير المؤمنين- عليه السلام- لشريح:

يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلّا نبى أو وصى نبى أو شقى» «۲»،

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۳: ۷.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴

....

و نحوها غيرها. و يخرج عن الأصل فيما إذا اجتمع للشخص صفات.

و قد تعرض الماتن- قدّس سرّه- أوّلا لما يكون اعتباره متفق عليه بين الأصحاب من البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و طهارة المولد و العلم و الذكورة، و تعرض ثانيا لما قيل أو يمكن أن يقال باعتباره كالعرفان بالكتابة و البصر و الحرية.

و لا يخفى أنّه لو بنى على عدم وفاء الأدلة اللفظية لجعل الولاية على القضاء فى غير موارد التحكيم، و استفيد لزوم التصدى للقضاء الابتدائى مما تقدم من الدليل على الحسبة حفظا للنظام و انتصافا للمظلوم من ظالمة، فلا يحتاج اعتبار الأوصاف إلى دليل خاص للزوم الاقتصار على القدر المتيقن إلّا أن يقوم دليل على عدم اعتبار وصف فى مورد، و ادعى العلم أو الاطمئنان بعدم الفرق بين ذلك المورد و التصدى للقضاء كالامامة فى الصلاة، حيث ورد فيها جواز امامة العبد و قبول شهادته، و كذا عدم اعتبار عرفان الكتابة و البصر فيهما، و لكن فى التعدى منهما إلى القضاء تأمّل.

و كيف ما كان فلا ينبغى الاشكال و التردّد فى اعتبار البلوغ و الذكورة فى القاضى، سواء أ كان القاضى ابتدائيا أم قاضى تحكيم، لأنّه قد ورد فى معتبرة سالم ابن مكرم و فى صحيحة الحلبى المتقدمتين عنوان الرجل فلا يعم العنوان للصبى و المرأة.

و دعوى أنّ ذكر الرجل باعتبار أنّ الغالب فى العالم بالقضاء هو الرجل مع كون قاضى التحكيم رجلا مفروض فى السؤال فى صحيحة الحلبى، فلا يدلّ على التقييد، و على الجملة ذكر الرجل أو فرضه فى السؤال لا يدل على الاختصاص

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵

....

و لا يمنع عن الأخذ بالإطلاق فى مقبولة عمر بن حنظلة، حيث ذكر- عليه السلام- فيها: «ينظران إلى من كان منكم- إلخ»، فإنّها تعمّ من كان منهم بلا فرق بين الذكر و الأنثى.

لا يمكن المساعدة عليها، لا لضعف المقبولة سندا، كما بنينا عليه سابقا و عدلنا عنه فيما بعد، حيث إنّ عمر بن حنظلة من المعاريف الذين لم ينقل فيهم قدح، بل لانصرافها إلى الرجل أيضا لما علم من الشارع من إرادته الستر من المرأة و إرادته ترك مواجهتها مع الأجانب مهما أمكن، فلا يجعل لها ما يقتضى مواجهتها معهم فلم يرض الشارع بإمامتها للرجال، و قد ورد فيما رواه الصدوق بسنده عن حماد بن عمرو و انس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه فى وصية النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لعلى: «يا على ليس على المرأة جمعة و لا جماعة- إلى أن قال:- و لا تولى القضاء، الحديث» «۱».

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لو وقعت المخاصمة بين امرأتين و جعلتا امرأة أخرى قاضى التحكيم بينهما لا يكون قضاؤها نافذا فى حقهما.

و كذا لا- ينبغى التأمّل فى اعتبار كمال العقل و الإيمان حيث ورد التقييد فى معتبرة سالم بن مكرم الجمال فى قوله- عليه السلام-: «انظروا إلى رجل منكم»، و فى المقبولة: «ينظران إلى من كان منكم»، و فى صحيحة الحلبى فرض فى السؤال كون الرجل المفروض قضائه من طائفة المتراضين، فلا يعمّ شيء منها غير المؤمن من المخالف أو الكافر.

و ممّا ذكر يظهر أيضا وجه اعتبار العدالة، فإنّ الفاسق لا يليق بمنصب

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۲ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱: ۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶

....

القضاء أو جعل قضائه نافذا بعد ما ذكر فى صحيحة سليمان بن خالد و غيرها أنّ القضاء لا يحقّ للنبى أو وصى نبى، مع أنّه يظهر من مقبولة عمر بن حنظلة انّ اعتبار العدالة فى القاضى كان مفروغا عنه فى القاضى كفقاهته، حيث ذكر سلام اللّه عليه فيها مع اختلاف القاضيين الأخذ بالحكم الذى حكم به أعدلهما و أفقهما و أصدقهما فى الحديث و أورعهما.

أضف إلى ذلك أنّ الشارع إذا لم يجعل للفاسق الإمامة فى الصلاة و لم يجعل شهادة الفاسق نافذة إلّا إذا دخلت فى الإقرار على نفسه، فكيف يجعل النفوذ لقضاء الفاسق مع نهيه عن الرجوع إلى قضاة الجور حتى فيما كان قضاء الجائر حقا و على طبق موازين القضاء.

و أمّا الاستدلال على اعتبار العدالة فى القاضى، فيمكن أن يقال فى توجيهه بأنّ الشارع إذا نهى عن الركون إلى الظالمين بالاشتراك فى ظلمهم أو تأييدهم و الرضا بظلمهم فلا يحتمل أن يعطى الولاية على القضاء للظالم و فيها ما يقتضى ركون الناس إليه.

و على الجملة لا- يحتمل أن يكون القضاء المقصود من تشريعه و اعتباره التحفظ على حقوق الناس و استيفائها و الانتصاف للمظلوم من ظالمة بيد الفاسق، مع ما ورد فيه من أنّه ليس إلّا لنبى أو وصى، و على ذلك فقياس القضاء بالرواية حيث لا يعتبر فى اعتبار الرواية عدالة راويها مع الفارق، بل مقتضى ما ذكر اعتبار طهارة المولد لما ذكر من عظم أمر القضاء و الشارع لم يشرع إمامة ولد الزنا فكيف يرضى بقضائه.

و كذا يعتبر فى القاضى ابتدائيا أو تحكيميا كمال العقل، و يقتضى اعتباره

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷

فلا- ينعقد القضاء لصبى و لو مراهق و لا لكافر، لأنّه ليس أهلا للأمانة، و كذا الفاسق، و يدخل فى ضمن العدالة اشتراط الأمانة و المحافظة على فعل الواجبات.

و لا ينعقد القضاء لولد الزنا مع تحقّق حاله، كما لا تصحّ إمامته و لا شهادته فى الأشياء الجليلة.

و كذا لا ينعقد لغير العالم المستقل بأهلية الفتوى (١)، و لا يكفيه فتوى العلماء

انصراف معتبرة أبى خديجة و غيرها عن المجنون و السفيه بملاحظة ما ورد من عظم القضاء و خطره، فإنّ ظاهرها بملاحظة ما ذكر الرجوع إلى رجل يكون بمقتضى علمه صالحا للقضاء، و المجنون و السفيه لا يناسبان القضاء خصوصا القاضى الابتدائى، حيث إنّ له استيفاء حقوق الناس المقتضى الولاية على التصرف فى أموالهم مع توقف استيفائها عليه، و المجنون و السفيه لا ولاية لهما على مالهما فكيف بأموال الناس.

(١) يعتبر فى القاضى كونه عالما بالقضاء، و ظاهر الماتن اعتبار كونه مستقلا بالفتوى، و لا يكفى مجرّد كونه راويا للفتوى، و لا يتحقق الاستقلال بها إلّا بالاجتهاد المطلق و كونه ضابطا، لأنّ العلم فعلا بالأحكام لا يتحقق مع غلبة النسيان، و لذا ذكر- قدّس سرّه-: و يدخل فيه- أى فى اعتبار العلم- أن يكون ضابطا.

و ذكر فى الجواهر فى ذيل المتن: يعتبر فى القاضى أن يكون مجتهدا مطلقا و لا يكفى التجزى و لا خلاف فيه، بل فى المسالك الإجماع عليه بلا فرق بين حالتى الاختيار و الاضطرار.

ثم أورد على هذا الاعتبار بما حاصله: أنّه يظهر من بعض الآيات و الروايات جواز الحكم بالحق من كلّ مؤمن كان عالما بالاجتهاد كما ذكر أم بغيره، كقوله

و لا بدّ أن يكون عالما بجميع ما وليه، و يدخل فيه أن يكون ضابطا فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه، و هل يشترط علمه بالكتابة فيه تردد، نظرا إلى اختصاص النبى

سبحانه وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «١»، و يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ «٢» فإنّ من كون الرجل قيّما بالقسط حكمه فى الواقعة بالحق و العدل، و قوله سبحانه وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ فَأُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ «٣»، فإنّ مفهومه أنّ الحكم بما أنزل اللّه ليس من الفسق بل أمر واجب، و كذا يستفاد ذلك من قوله- عليه السلام-: «رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنة» «۴».

و على الجملة مقتضى الروايات الكثيرة المتعاضدة أنّ كل من تعلّم أحكاما خاصة بطريق معتبر و حكم بها بين الناس يندرج حكمه فى القسط و العدل و الحق و غيرها من العناوين الواردة فى الكتاب المجيد، و ما فى معتبرة أبى خديجة سالم بن مكرم: «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فتحاكموا إليه»، بناء على أنّ ذلك يعمّ غير المجتهد.

و الحاصل يمكن القول بأنّه يندرج فى الحكم بالحق و العدل و القيام بالقسط تعلّم الأحكام بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح و الحكم بما تعلم بين الناس، فلا يعتبر فى القضاء أصل الاجتهاد فضلا عن الاجتهاد المطلق.

و أجاب عن ذلك بأنّه يمكن أن يقال: يستفاد من الروايات اعتبار أمر آخر فى جواز القضاء و الحكم بين الناس زائدا على العلم بالأحكام و هو النصب

---

(١) النساء: ۵٨.

(٢) النساء: ١٣۵.

(٣) المائدة: ۴٧.

(۴) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶: ۱۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹

صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بالرئاسة العامة مع خلوّه فى أوّل أمره من الكتابة و الأقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التى لا تتيسر لغير النبى بدون الكتابة.

من قبل الإمام- عليه السلام-، و استشهد على اعتباره بصحيحة سليمان بن خالد و خبر إسحاق بن عمّار المتقدمتين، و على ذلك يقيّد إطلاق جواز الحكم بالحق و العدل و القسط بما إذا كان ذلك بالنصب، و قد ورد هذا النصب فى مقبولة عمر بن حنظلة و معتبرة أبى خديجة بناء على ارادة الاجتهاد منها، كما هو ظاهر المقبولة، أو يحمل القيام بالقسط و الحكم بالحق فى الآيات و الروايات المشار إليها بالقيام بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر المجرّدين عن القضاء و فصل الخصومة كما هو المراد فى المقام.

و ناقش فى الجواب المزبور بأنّه لو كان النصب معتبرا أمكن دعوى تحقّقه بالإضافة إلى كل مؤمن يعلم من أحكامهم- عليهم السلام- ما يقضى به فى الواقعة سواء أ كان بالاجتهاد أم بالتقليد الصحيح، كما تدل عليه رواية جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: سمعته يقول: يغدو الناس على ثلاثة أصناف: عالم و متعلّم و غثاء، فنحن العلماء و شيعتنا المتعلمون و سائر الناس غثاء» «۱»، حيث إنّ ظاهرها تساوى الشيعة العالمين بالأحكام سواء أ كان تعلّمهم بالمشافهة أم بالاجتهاد الصحيح أو التقليد الصحيح، كما يستفاد ذلك من خبر عبد اللّه بن طلحة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- أيضا الوارد فى السارق الذى قتلته المرأة التى دخل بيتها ليسرق و فجر بها بالإكراه و قتل ابنها، حيث أمر الإمام- عليه السلام- السائل بالقضاء فى الواقعة بما أجاب «۲».

و النهى أو الإنكار عن القضاء أو على القضاء يرجع إلى المعرضين فى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۳ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۵: ۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۸: ۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰

و لا ينعقد القضاء للمرأة و إن استكملت الشرائط، و فى انعقاد قضاء

القضاء عن التمسك بحبلهم و أحكامهم- عليهم السلام- و الأخذ بآرائهم و قياساتهم و غير ذلك من الباطل الذى لفّقوه من عندهم و استغنوا بذلك عن تتبع أحكام الأئمّة- عليهم السلام-، و استشهد لذلك بصحيحة الحلبى المتقدمة: «قال: قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة فى الشىء فيتراضيان برجل منّا، فقال: ليس هو ذاك إنّما هو الذى يجبر الناس على حكمه بالسيف و السوط» «۱».

و لو سلم عدم دلالة النصوص على نصب كل شيعى عالم بأحكامهم كما ذكر فلا أقل من عدم الدلالة على عدم النصب.

بل لو تأمّل المتأمل فى القضاة الذين كانوا زمان النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و أمر الناس بالترافع إليهم لوجد جلّهم قاصرين عن مرتبة الاجتهاد و كان قضاؤهم و حكمهم بما سمعوا عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم، فالالتزام بقصور من تعلّم جملة من أحكامهم مشافهة أو اجتهادا أو بتقليد صحيح عن منصب القضاء خلاف الآيات و الروايات المشار إليها، و نصب خصوص المجتهد زمان الغيبة بناء على ظهور المعتبرة و المقبولة فيه لا- ينافى نصب غيره للقضاء أيضا، فيكون نصب المجتهد بالنصب العام على وجه يكون للإمام- عليه السلام- من الرئاسة العامة للتصرف بالقضاء و غيره من الولايات و من تلك الولايات نصب القاضى، فيجوز للمجتهد نصب مقلّده للقضاء بفتواه فى المنازعات المرفوعة إليه و لا تكون هذه الرئاسة لغيره.

و المتحصل أنّ اشتراط الاجتهاد فی القاضی الموجب لعدم جواز القضاء لغیره من العالم بالأحکام بالتقلید الصحیح کاشتراط البصر و الکتابة و الحریة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۹، الباب ۲۳ من أبواب قصاص النفس، الحدیث ۲: ۴۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱

الأعمی تردد، أظهره أنّه لا ینعقد لافتقاره إلی التمییز بین الخصوم و تعذر ذلک مع

و نحو ذلک یناسب الاستحسان و القیاس و نحوهما ممّا ذکره العامة و لا یناسب الروایات المنقولة إلینا عن الأئمة- علیهم السلام-، و دعوی الإجماع فی المسألة لا یمکن المساعدة علیها حیث حکی فی التنقیح عن المبسوط بأنّ فی المسألة أقوالا ثلاثة:

منها جواز تصدی العامی للقضاء، بحیث أن یستفتی المجتهد ثم یقضی و إذا کان جواز التصدی من العامی قبل تعلّمه قولا فکیف یدعی عدم الجواز لمن تصدی للقضاء بعد الاستفتاء و تعلّم جملة من الأحکام بحیث یقضی فی الواقعة بما یعلمه! و ذکر- قدّس سرّه- فی آخر کلامه: و لو سلم اعتبار النصب أو غیره من الشرائط ممّا ذکروه فی القاضی من الکتابة و البصر و نحو ذلک فلا وجه لاعتبارها فی جواز الإفتاء، حیث إنّ الفتوی بالاجتهاد الصحیح حکم بما أنزل اللّه و العدل و القسط فیجوز و یجب الأخذ بها بعد کونها مندرجة فی العدل و الحکم بما أنزل اللّه و القیام بالقسط و لا یحتاج إلی النصب کما هو مقتضی جوازها و وجوب الأخذ بها فیکون شروط القضاء غیر شرط الفتوی، نعم یمکن استفادة اعتبار الفتوی من دلیل جواز القضاء فإنّ الحکم الخاص الذی طبق علی واقعة و یعبّر عنه بالقضاء إذا کان حقا و عدلا و قسطا کانت الکبری المنطبقة علیها حقّا و عدلا و تلک الکبری تعتبر- هذا ملخص کلامه الطویل العریض فی المقام.

أقول: أمّا قوله سبحانه یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلّهِ وَ لَوْ عَلی أَنْفُسِکُمْ «۱»، ظاهره و لا أقل من المحتمل کون المراد من القیام بالقسط هی الشهادة بالحق و عدم العدول عنه، و یؤیده قوله سبحانه فی سورة

---

(۱) النساء: ۱۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲

العمی إلّا فیما یقل، و هل یشترط الحریة؟ قال فی المبسوط: نعم، و الأقرب أنّه

المائدة یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ لِلّهِ شُهَداءَ بِالْقِسْطِ «۱»، و علی تقدیر کون المراد القیمومة بالقسط فی کل مقام حتی عند القیام بالقضاء بین الناس، بأن یکون شهداء للّه خبرا بعد خبر فلیس لها دلالة علی نفوذ القضاء من کل شخص، لعدم کونها فی مقام بیان شرائط القاضی، بل فی مقام بیان العدل و الحق فی کل الأمور و منها القضاء، کما أنّ الأمر بکون الناس شهداء للّه لا یقتضی قبول الشهادة فی کل مقام عن کل شخص کما إذا کانت علی الغیر و لم یکن عادلا.

و بتعبیر آخر شمول قوله سبحانه یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوّامِینَ بِالْقِسْطِ للقضاء بین الناس، مثل قوله سبحانه وَ إِذا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ «۲» فی مقام اعتبار القسط فی الحکم، و أمّا الأمور المعتبرة فی الحاکم فلا نظر له إلی ذلک، فلا یمکن التمسک بشیء منهما فی دفع احتمال بعض الأمور المحتمل اعتبارها فی الحاکم کالاجتهاد و کونه رجلا، لاحظ قوله سبحانه إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ «۳» فإنّه لیس فی مقام بیان الأمور المعتبرة فی المطلق، و لو شک فی اعتبار کون المطلق زوجا أو یصحّ طلاق الولی أیضا فلا یمکن التمسک به فی إثبات صحّة طلاق الولی.

و ممّا ذكرنا يظهر ما عن بعض الأصحاب- قدّس سرّه- من رفع اليد عن إطلاق الآيات بما ورد فى نفوذ القضاء من كون القاضى راويا للحديث و الناظر فى الحلال و الحرام و العالم بقضاياهم من العناوين التى لا تصدق على العامى و لو مع تعلّمه عددا من القضايا من مجتهده لا يمكن المساعدة عليه.

---

(١) المائدة: ٨.

(٢) النساء: ۵٨.

(٣) الطلاق: ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٣

ليس شرطا.

و الحاصل انّ الكلام فى المقام فى شرائط القاضى بحيث ينفذ حكمه لا فى شرائط حلية إبراز الحكم الشرعى و الحق فى الواقعة، و لذا لا- يمكن التمسك فى المقام أيضا بقوله سبحانه وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اللّهُ فَأُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ «١» فإنّ مفهومه أنّه لا محذور تكليفا على الشخص إذا كان حكمه بما أنزل اللّه، و أمّا ما يعتبر فى نفوذ ذلك الحكم فلا تعرض فيه لذلك، و نظير ذلك ما ورد فى رجل قضى بالحق و هو يعلم.

نعم ربّما يستدل على عدم اعتبار الاجتهاد و لو بنحو التجزى فى قاضى التحكيم بالإطلاق فى صحيحة الحلبى «قال: قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: ربّما كان بين رجلين من أصحابنا المنازعة فى الشيء فيتراضيان برجل منّا فقال: ليس هو ذاك- الحديث». بعد تقييدها بكون الرجل عادلا- يعلم القضاء فى تلك الواقعة و لو تقليدا، أخذا بما دلّ على عدم نفوذ الفاسق و عدم جواز القضاء مع الجهل بالحق.

و لكن قد تقدم أنّ مدلول مقبولة عمر بن حنظلة و معتبرة سالم بن مكرم يناسب القضاء بنحو التحكيم، حيث إنّ الأمر بتوافق الخصمين فى الرجوع إلى من ذكر فيهما و الرضا بحكمه مقتضاه ذلك و لو كان المراد القاضى الابتدائى لكان تعيين المراجعة إليه بيد المدعى، لما يأتى من أنّ تعيين القاضى حق للمدعى و المدعى عليه ملزم بالاستجابة عند رجوع المدعى إلى القاضى الابتدائى، خصوصا بملاحظة ما ورد فى ذيل المقبولة من فرض تعيين كل من المتخاصمين رجلا و تراضيهما بكونهما ناظرين فى منازعتهما، و لو كان القضاء ابتدائيا لكان الحكم هو الذى عيّنه المدعى، و ينفذ حكمه على المتخاصمين.

---

(١) المائدة: ۴٧.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢۴

[و هنا مسائل]

اشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: يشترط فى ثبوت الولاية اذن الإمام أو من فوّض إليه الإمام]

الأولى: يشترط فى ثبوت الولاية اذن الإمام (۱) أو من فوّض إليه الإمام، و لو استقضـى أهل البلد قاضيا لم تثبت ولايته، نعم لو تراضى خصمان بواحد من

أضف إلى ذلـك أنّ المقبولـة و المعتـبرة لم يفرض فيهمـا زمـان الغيبـة، بـل المتيقن من الأمـر فيهمـا بالمراجعـة إلى من وصـفه- عليه السـلام- زمان حضوره، و من الظاهر أنّ فى ذلك الزمان لم يكن القضاء من أصـحابه- عليه السـلام- كالقضاء ممّن له شؤون القاضى من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، أو حقوق اللّه من العقوبات لأنّ هذا الاستيفاء يتوقف على القدرة و السيطرة التى كانت بيد المخالفين، و لا تحصل للشـخص إلّا أن يكون بيده ولاية البلاد و امارتها أو بكونه منصوبا بالنصب الخاص من قبل من يكون كذلك، اللهم إلّا أن يقال: إنّ عدم التمكن من العمل بمقتضى الولاية لا ينافى ثبوت الولاية.

هذا كله بالإضافة إلى اشتراط الاجتهاد و عدمه فى القاضـى، و أمّا اعتبار سائر الأمور من عرفانه الكتابة و البصـر و الحرية أو غير ذلك فقد تقدم أنّ مقتضى الإطلاق فى دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار شىء منها، فيكفى فى القاضى البصيرة و لا يلزم البصر و كذا فى غيره.

(۱) ظاهر كلامه- قدّس سرّه- أن نصب الإمام- عليه السلام- أو من فوّض إليه أمر النصب شرط فى نفوذ القضاء من القاضى الابتدائى فلا ينفـذ القضاء من غير المجاز إلّا بنحو التحكيم، و يعتبر فى قاضـى التحكيم الشـرائط المعتبرة فى القاضـى الابتـدائى و منها الاجتهاد كما تقدم.

ثمّ ذكر- قدّس سرّه- أنّ مع عدم الإمام ينفذ قضاء الفقيه الجامع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵

الرعيـة و ترافعـا إليه فحكم بينهمـا لزمهما الحكم و لا يشترط رضاهما بعـد الحكم، و يشترط فيه ما يشترط فى القاضـى المنصوب عن الإمام و يعمّ الجواز كل الأحكام

لشـرائط الفتوى من فقهاء أهل البيت- سلام اللّه عليهم أجمعين-، و تمسّك فى ذلك بقول أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى معتبرة أبى خديجة: «فاجعلوه قاضيا فانّى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه».

أقول: إن كان المراد بالإذن الإذن الخاص، فيمكن الفرق بين قاضـى التحكيم و القاضـى الابتـدائى بأنّه ليس فى قاضـى التحكيم الاذن الخاص، و لذا لا ينفذ حكمه إلّا مع تراضـى الخصـمين بكونه حاكما فى منازعتهما، إلّا أنّه يرد عليه أنّه كيف يمكن القاضى الابتدائى مع عدم الإمام- عليه السلام.

فان قيل: انّه لا يعتبر مع عـدم حضور الإمام- عليه السـلام- الاذن الخاص فى القاضـى الابتـدائى، فيقال: إن كان المسـتند لعـدم اعتباره معتبرة أبى خديجة و رواية عمر بن حنظلة و غيرهما فهى تعم زمان حضور الإمام- عليه السلام- بل ذلك الزمان مقطوع من مدلولها.

و على الجملـة: نفوذ القضاء بلا اذن خاص فى زمان غيبـة الإمام- عليه السـلام- خاصة خارج عن مدلول تلك الاخبار، إلّا أن يراد من عدم الإمام عدم التمكن من الرجوع إليه، سواء أ كان زمان الحضور أم زمان الغيبة.

و إن كـان المراد بالإـذن الأـعم من الاـذن الخـاص، كما هو المعروف فى كلمات الأصـحاب فكيف يتصور قاضـى التحكيم مع اعتبار الاجتهاد فيه كالقاضى الابتدائى. و الحاصل لم يظهر لى ما يجمع شمل كلام الماتن فى المقام.

و أيضا إن أراد ممّا ذكره- قدّس سـرّه- من جواز القضاء بنحو التحكيم فى جميع الأحكام تمام المرافعات و المنازعات، فهو و إن أراد استيفاء حقوق الناس

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶

و مع عـدم الإمـام ينفـذ قضـاء الفقيه من فقهـاء أهـل البيت الجامع للصـفات المشترطـة فى الفتوى، لقول أبى عبـد اللّه- عليه السـلام-:

«فاجعلوه قاضيا فإنّى جعلته قاضيا

بعضهم من بعض لاستيفاء حقوق الناس و حقوق اللّه من العقوبات الشرعية، فمن المعلوم أنّه ليس فى البين ما يدل على جواز ذلك لمن يجوز له القضاء بنحو التحكيم، بل غاية ما يستفاد من صحيحة الحلبى المتقدمة نفوذ قضائه فى المنازعات و المرافعات، بل استفادة العموم من معتبرة أبى خديجة و مقبولة عمر بن حنظلة أيضا مشكل.

نعم لا يبعد أن يقتضى دليل الحسبة التصدى للقضاء بنحو القاضى المنصوب الخاص، و استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض، و اجراء الحدود و التعزيرات على مرتكبى موجباتهما، حفظا لحقوق الناس و نظام البلاد، و كون من له القضاء هو المتيقن ممّن تقتضى خطابات الحدود و التعزيرات اجرائهما على المرتكبين.

ثمّ إنّه يكفى فى القاضى فى واقعة علمه بحكمها، و لو بنحو التجزى فى الاجتهاد، فلا يعتبر الاجتهاد المطلق، لصدق ما ورد فى معتبرة أبى خديجة و مقبولة عمر بن حنظلة عليه، فإنّ العلم بالأحكام المتعارف فى ذلك الزمان و عرفانه بها و النظر فيها كان بوصول الخطابات الشرعية إلى الشخص و عرفانه مداليلها بمقدار يعتدّ بها، و هذا أقل مراتب الاجتهاد، و نصب القاضى فى زمان النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أو فى زمان على- عليه السلام- قد وقع لهذا النحو من العالم، و استظهار جواز القضاء لمن تعبّد بفهم الغير من تلك الخطابات و الروايات و ان صدق عليه أنّه تعلم الأحكام من ذلك الغير مشكل جدا، لانصرافهما إلى ما إذا كان التعلم بنحو المعهود فى ذلك الزمان.

بل فى البين أمر آخر و هو أنّه إذا فرض مع عدم حضور الإمام- عليه السلام-

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷

فتحاكموا إليه»، و لو عدل و الحال هذه إلى قضاة الجور كان مخطئا (۱).

الولاية الشرعية بتنظيم أمر البلاد و التحفظ عليها للفقيه العادل الجامع لشرائط الفتوى، أو من نصبه إدخالا لأمر تنظيم أمور البلاد و التحفظ عليها فى أمور الحسبة، فالتصدى للقضاء و سائر شؤون القضاء و استيفاء الحقوق و العقوبات الشرعية بلا استيذان من ذلك القائم بأمر نظام البلاد و التحفظ بها فيما إذا أوجب ذلك موجبا لبعض الاختلال فيها و ضعف القوة المركزية لحوزة الإسلام، التى تصدى لها الفقيه الجامع لشرائط الفتوى أو المنصوب و المجاز من قبله مشكل إلّا بنحو قضاء التحكيم، حيث لو قيل باستفادة القضاء الابتدائى من المقبولة و معتبرة أبى خديجة فلا ينبغى التأمّل فى أنّ المفروض من مدلولهما غير هذا الفرض، مع أنّ الأصل عدم نفوذ القضاء فلا بدّ فى الخروج عنه من ثبوت الدليل عليه.

نعم إذا كان القائم بأمر تنظيمها و التحفظ عليها ملحقا بحكّام الجور يكون أمر القضاء فى المنازعات داخلا فى مداليل الروايات المشار إليها.

(۱) لا خلاف فى عدم جواز الترافع إلى قضاة الجور مع التمكن من الرجوع إلى من هو أهل للقضاء و استيفاء حقه بحكمه.

و يقال و كذا المراجعة إلى مطلق من ليس أهلا للقضاء، و يشهد لذلك مثل معتبرة أبى خديجة المتقدمة، فإنّ عدم الجواز مقتضى التحذير الوارد فيها من قوله- عليه السلام-: «إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور»، و نحوها غيرها.

و لكن يمكن دعوى أنّ التحذير المزبور لا- يعمّ مطلق من لا- يكون أهلا- للقضاء، بل مثل القضاة فى ذلك العصر ممن كانوا من أصحاب الصولة و السيطرة و مستقلين فى قضاياهم و لو بالقياسات و الاستحسانات تاركين قضايا أهل بيت العصمة- عليهم السلام.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸

....

و على ذلك فلا يكون فى المراجعة إلى غير أهله من العالم بقضاياهم- عليهم السلام- مع فقده بعض الأمور المعتبرة فى القاضى إلّا الحكم الوضعى و هو عدم نفوذ قضائه، فلا يحلّ له المال فيما إذا لم يحرز بحجّة معتبرة من الخارج أنّه حقّه، بخلاف ما إذا أحرز ذلك، فلا يكون عليه فى أخذه أىّ محذور.

و قيل بحرمة اعانة الغير على ارتكاب الحرام فيحرم المراجعة إليه، يعنى إلى غير الأهل للقضاء لأنّ القضاء من غير الأهل محرم، و المراجعة إليه من إعانته على ارتكابه المحرم.

و لكن ذكرنا فى المكاسب المحرمة أنّ فى حرمة مجرد اعانة الغير على ارتكابه الحرام من غير كونه داخلا فى عنوان الإعانة على الظلم على الغير و من غير كونه تعاونا على الإثم و العدوان تأمّلا، و أيضا فى حرمة قضاء غير الأهل مع علمه بحكم الواقعة مع التزامه بعدم نفوذ قضائه تأمّل، و إنّما لا يكون قضاؤه جائزا وضعا، نعم القضاء من غير علم محرّم لأنّه من الافتراء و الكذب على الشارع.

و كيف ما كان فلو توقّف استنقاذ حقه المعلوم و المحرز على المراجعة إلى قاضى الجور أو من ليس أهلا للقضاء فيجوز كما هو ظاهر الماتن- قدّس سرّه- و غيره، و الوجه فى ذلك انّ التحذير فى معتبرة أبى خديجة و غيرها منصرف إلى صورة إمكان فصل الخصومة بالمراجعة إلى من كان أهلا له و لو بنحو التحكيم، و لو فرض الإطلاق و عدم الانصراف يكون الجواز مقتضى قاعدة نفى الضرر الحاكمة على المحرمات، و منها المراجعة إلى أهل الجور أو حرمة الإعانة على إثم الغير و ارتكابه الحرام.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جماعة من الأصحاب، بل المشهور عندهم كما قيل أنّه إن أخذ حقّه بالمراجعة إلى غير الأهل للقضاء فى فرض حرمة المراجعة إليه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹

....

لا يحلّ له ذلك الحق و إن كان ثابتا فى الواقع.

و قد ورد ذلك فى معتبرة عمر بن حنظلة التى وصفوها بالمقبولة لعمل الأصحاب بهذا الحكم الوارد فيها، و عبارة عدة من الأصحاب كعبارة الماتن خالية عن ذكر ذلك. و ناقش بعضهم فى الرواية بضعف السند لعدم ثبوت توثيق لعمر ابن حنظلة، و لكن ذكرنا أنّ الرجل من المعاريف، و لم يرد فى حقه قدح.

نعم لا موجب لعدم الحل فيما إذا كان مورد المخاصمة عينا و كان الشخص محرزا أنها ماله، فإنّ مقتضى كونها ماله جواز تصرفه فيها و الحق الوارد فيها ينصرف إلى الدين، و الدين و ان يتعيّن فى المال الخارجي بإعطاء المديون بقصد الوفاء، و هذا القصد حاصل فى فرض الرواية، لكن عدم حلّ هذا للشخص لعدم علمه باستحقاقه واقعا، كما هو المفروض فى المعتبرة من كون مورد السؤال فيها الشبهة الحكمية.

و من هنا لو كان الحق الوارد فيها ما يعمّ العين فلا بأس بالالتزام بعدم الحل، لما ذكرنا أنّ المفروض فيها الشبهة الحكمية، و مع عدم نفوذ قضاء القاضى لا سبيل للشخص إلى إحراز حقه ليجوز له بحسب الحكم الظاهرى.

و بتعبير آخر المفروض فى المعتبرة اختلافهما فى الدين و الميراث، فالأوّل يختص بغير العين و الثانى يعم العين و الدين، و يلتزم بأنّ الشخص فيما إذا لم يحرز استحقاقه إلّا بطريق القضاء غير النافذ فلا يجوز له التصرف و لو كان محقا فى الواقع فى موارد الدين و العين، و لو سلّم أنّ الرواية تعم العين و الدين حتى ما إذا كان الاختلاف فيهما لاختلاف الموضوع لا الحكم الكلى، فيلتزم بعدم الحل لكنه عدم الحل فى خصوص المراجعة إلى المفروض فيها من السلطان الجائر و القاضى المنصوب من قبله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰

[الثانية: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، و ربّما وجب]

الثانية: تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه (۱)، و ربّما وجب و وجوبه على الكفاية، و إذا علم الإمام أنّ بلدا خال من قاض لزم أن يبعث

---

(۱) ذكر الماتن- قدّس سرّه- استحباب تولى القضاء لمن يثق بنفسه و يجد لنفسها شرائط القضاء، و قد يجب كفاية، و يظهر من آخر كلامه أنّ وجوبه فى موارده من جهة وجوب الأمر بالمعروف، و كأنّ حكم القاضى بين المتخاصمين داخل فى عنوان الأمر بالمعروف فيجب حيث قال: و لو لم يعلم الإمام من يكون له شرائط القاضى مع انحصار واجدها به وجب أن يعرّف نفسه طلبا لنصب الإمام، لأنّ القضاء من الأمر بالمعروف.

و فيه ما تقدم من أنّ وجوب القضاء لا يرتبط بمسألة وجوب الأمر بالمعروف، كيف و قد لا يكون من يلزم بالدين على صاحبه لإثباته ذلك الدين بالبينة معروفا واقعا لخطأ البينة، أو لأنّ المنكر قد أدى الدين، و لكن لعدم البينة له على الأداء أنكر الدين إلى غير ذلك من الموضوعات التى لا يجب فيها إرشاد الجاهل بها أو المعتقد بخلافها.

و كيف كان فالمذكور فى كلام جماعة من الأصحاب أنّ القضاء مستحب عينى و واجب كفائى.

و يورد على ذلك بأنّ الاستحباب التعيينى و إن يجتمع مع الوجوب التخييرى كما فى كفارة شهر رمضان حيث يجب عتق الرقبة تخييرا مع كونه مستحبا تعيينا، حيث انّ الوجوب فى موارد التخييرى يتعلق بالجامع بين الخصال و لو كان ذلك الجامع أمرا انتزاعيا اعتباريا كعنوان أحدها فلا يتعلّق الوجوب بعتق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱

له و يأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه و يحلّ قتالهم طلبا للإجابة، و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع لم يجبر مع وجود مثله، و لو ألزمه الإمام. قال فى الخلاف: لم يكن له الامتناع لأنّ ما يلزم به الإمام واجب، و نحن نمنع الإلزام إذ الإمام لا يلزم بما ليس

الرقبة، بل يتعلّق بالجامع و يكون العتق مصداقا له، فلا منع فى كون تطبيق الواجب عليه مستحبا تعيينا، و أمّا فى موارد الوجوب الكفائى فاجتماع الوجوب الكفائى فى فعل مع كون ذلك الفعل مستحبا عينيا غير ممكن، لأنّ التكليف فى موارد الوجوب الكفائى يتوجه إلى كل واحد من المتعددين، غاية الأمر التكليف المتوجه إلى كل منهم مغيّى بعدم حصول الفعل من الآخرين، حيث انّ توجه التكليف و البعث إلى الجامع من غير أن يتوجه إلى الأشخاص غير معقول، فإنّ الجامع لا يقبل الانبعاث و الانزجار و لا يقاس بالأحكام الوضعية مثل ملكية الزكاة للفقير و سهم السادة للهاشمى الفقير.

و على ذلك فمع توجه التكليف الوجوبى إلى فعل الشخص، و لو مع كونه مغيّى بعدم حصول الفعل من الآخر، كيف يكون ذلك الفعل مستحبا لذلك الشخص، خصوصا بملاحظة أنّ الاستحباب أيضا يكون كفائيا لسقوطه بحصول الفعل من الآخرين.

و قد نقل فى الجواهر فى الجمع بين الاستحباب العينى و الوجوب الكفائى بعض الوجوه، ككون الوجوب الكفائى قبل قيام الغير بشؤون القضاء فى الواقعة و الاستحباب النفسى ممن يثق بنفسه يتعلّق بالقضاء فى تلك الواقعة بعد تصدى الغير و قيامه بمقدمات القضاء فيها.

و ناقش فيه بأنّهم لم يقيّدوا الاستحباب بما بعد سقوط الوجوب الكفائى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲

لازما، أمّا لو لم يوجد غيره تعيّن هو و لزمه الإجابة، و لو لم يعلم به الإمام وجب أن يعرّف نفسه لأنّ القضاء من باب الأمر بالمعروف.

و هل يجوز أن يبذل مالا ليلى القضاء؟ قيل: لا لأنّه كالرشوة.

و قيام الغير بشؤون القضاء فى واقعة، مع أنّ الوجوب الكفائى لا يسقط بمجرّد قيام الغير بمقدمات الفعل أو تهيئة نفسه للإتيان به، و ذكر أنّ الأولى أن يقال: إن التولى للقضاء عن الإمام- عليه السلام- مستحب نفسى لمن يثق من نفسه و لا يجب على غير الإمام- عليه السلام- التولى على ما تقدم من الروايات و فى بعضها من أنّ القضاء لنبى أو وصى نبى، نعم ربّما يجب التولى إذا كان مقدمة للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، بحيث يكون الشخص مع تولى القضاء متمكّنا منهما كما يجب فيما أمر الإمام- عليه السلام- بالتولى، و لعل ما ذكر المصنّف- ره- يرجع إلى ذلك، انتهى.

أقول: يمكن أن يقال إنّ تولى القضاء بجعل نفسه فى معرض المرافعة إليه مع شمول الاذن و النصب له و إن كان واجبا كفائيا مع عدم الانحصار، و عينيا مع الانحصار، حفظا للنظام و حسما للمخاصمة و المنازعة بين الناس الموجبة لانعدام الأمن و التشاجر الموجب لضياع الحقوق، إلّا أنّ وجوب القضاء فى كل واقعة ترفع إليه غير واجب فيما إذا أمكن عرض الصلح على المترافعين أو ترغيب مدعى الحق فى العفو و الإغماض، حتى على تقدير حقه واقعا، و فى مثل ذلك إذا اطمئن من نفسه بإيصال الحق إلى صاحبه بالقضاء فيها يكون القضاء مستحبا لما فيه اعانة و سعى فى قضاء حاجة المؤمن و نحو إيصال الحق إلى صاحبه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳

[الثالثة: إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة]

الثالثة: إذا وجد اثنان متفاوتان فى الفضيلة مع استكمال الشرائط المعتبرة فيهما، فإن قلّد الأفضل جاز، و هل يجوز العدول إلى المفضول فيه تردد، و الوجه الجواز (۱) لأنّ خلله ينجبر بنظر الإمام.

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- إذا كان اثنان بشرائط القاضى، و لكن اختص أحدهما بالفضيلة، يعنى بالأعلميّة فى مسائل القضاء، فلو نصب الإمام الأفضل جاز، و هل يجوز له ترك الأفضل و نصب المفضول، فيه تردد، و لكن الأظهر جوازه، لأنّ الخلل الحاصل بترك نصب الأفضل ينجبر بكون الإمام ناظرا إلى قضاء المفضول.

و أورد عليه فى الجواهر إنّه قد لا يكون الإمام- عليه السلام- قريبا ليطلع على حكم المفضول فى الوقائع المرفوعة إليه، و إنّ أصل فرض المسألة خال عن الثمرة، حيث إنّ الإمام- عليه السلام- أعلم بما يفعل مع حضوره و العمدة التكلّم فى نواب الغيبة الذين بيدهم القضاء فى الوقائع، و أنّه هل يجوز المرافعة إلى المفضول منهم فى القضاء أو الفتوى و لو مع العلم باختلاف الفاضل مع المفضول فى القضاء أو الفتوى و لو إجمالا؟ فاختار الجواز أخذا بالإطلاق فى أدلّة النصب العام من قوله- عليه السلام- «انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا»، فإنّه- عليه السلام- لم يقل انظروا إلى الأفضل منكم، و إذا كان قضاء المفضول مع وجود الأفضل نافذا فلازمه اعتبار فتواه فى كلّى تلك الواقعة، لأنّ الحكم الكلّى يكون من الحق و القسط و ما أنزل اللّه، فيستفاد جواز تقليد المفضول من جواز المحاكمة إليه، أضف إلى ذلك السيرة المستمرة من المتشرعة، فإنّها كانت جارية على الرجوع فى الوقائع المبتلى بها إلى نواب الإمام- عليه السلام- مع العلم باختلافهم فى مراتب الفضل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴

....

لا يقال: لا يمكن التخيير بين الأفضل و المفضول مع العلم باختلافهما، كيف قد ورد فى بعض الروايات تعيّن حكم الفاضل و ترجيحه

على حكم غيره.

فإنّه يقال: ان ما أشير إليه في بعض الروايات ناظر إلى ما إذا اتفق المتخاصمين على المراجعة إلى الفاضل و المفضول دفعة، فاختلفا في حكم الواقعة فإنّه في هذا الفرض لا يمكن التخيير و لا ترتفع المخاصمة، فلا بد من ترجيح أحدهما، و لذا ذكر فيها أنّه مع فقد الترجيح يتوقف حتى يلقى الإمام- عليه السلام-، و لا ينافي ذلك التخيير ابتداء في رفع أصل المخاصمة بين الرجوع إلى الفاضل أو المفضول، بل التأمّل في أدلّة النصب و منها صدر المقبولة يقضي تجويز الرجوع إلى كل منهما و نفوذ قضائه.

أقول: أمّا مسألة الرجوع إلى الأعلم في مقام الاستفتاء فهي خارجة عن البحث في المقام، و قد تقدم أنّه لا ملازمة بين نفوذ قضاء المفضول و اعتبار فتواه، و الكلام في المقام في نفوذ قضائه مع وجود الفاضل، و الأظهر بحسب معتبرة أبي مريم و معتبرة عمر بن حنظلة جواز الرجوع إلى كل منهما، و لكن بما أنّ نفوذ القضاء و اعتباره كنفوذ الفتوى و اعتبارها طريقيّ فلا إطلاق لهما بالإضافة إلى صورة العلم باختلاف الفاضل و المفضول في القضاء في الواقعة التي يراد رفعها إلى القضاء، و بتعبير آخر لا يدخل هذا الفرض في مدلول معتبرة أبي مريم و صدر معتبرة عمر ابن حنظلة.

نعم يستظهر من ذيل الثانية اعتبار قضاء الأعلم، حيث لا يحتمل الفرق بين اعتبار قضائه بعد المراجعة إليه مع المراجعة إلى المفضول و بين الاتفاق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٥

....

على المراجعة إلى الأعلم خاصة من الابتداء. بل مقتضى ما تقدم من لزوم التصدى للقضاء حفظا للنظام و استيفاء لحقوق بعض الرعية على البعض الآخر المستكشف منه نفوذ القضاء أيضا نفوذ قضاء الفاضل مع إحراز اختلاف قضائه مع المفضول.

بل لو قيل باعتبار النصب الخاص فيما كان في بقعة من الأرض زعامة إسلامية بحيث يمكن إحراز الولاية الشرعية للمتصدى لها فالمتعين عليه نصب الفاضل إذا كان في نصبه كفاية، لأنّ نفوذ نصبه بالإضافة إلى الأفضل محرز و غيره مشكوك.

و ربّما يدل عليه ما في العهد المعروف إلى مالك الأشتر من قوله- عليه السلام-:

«اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك» «١»، و لكن المراد ليس هو الأفضل المطلق بل الأفضل الموجود في البلد و ما حوله بحيث يمكن لعامة الناس في ذلك البلد أو ما حوله من الرجوع إليه، فإنّ اعتبار الرجوع إلى الأفضل المطلق نظير تقليد الأعلم غير محتمل، حيث لا تتيسّر لجميع الناس المرافعة إليه بخلاف أخذ الفتوى، فإنّه يمكن الأخذ بالرجوع إلى رواة الفتوى أو الرجوع إلى رسالة الأعلم.

نعم لا يبعد أن يكون الأمر في القضاء أيضا كذلك فيما إذا كان اختلاف المترافعين و منازعتهما ناشئة عن جهلهما بالحكم الشرعي الثابت للواقعة التي ابتليا بها، حيث إنّه ترتفع منازعتهما برجوعهما إلى فتوى الأعلم من غير حاجة إلى القضاء.

---

(١) الوسائل: ج ١٨ الباب ٨ من أبواب آداب القاضي، الحديث ٩: ١٦٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٦

[الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز]

الرابعة: إذا اذن له الإمام في الاستخلاف جاز و لو منع لم يجز، و مع إطلاق التولية إن كان هناك امارة تدلّ على الاذن مثل سعة الولاية التي لا تضبطها اليد الواحدة جاز الاستنابة و إلّا فلا، استنادا إلى أن القضاء موقوف على الاذن (١).

(۱) ذكر- قدّس سرّه- انّه لو أذن الامام- عليه السلام- لمنصوبه الخاص فى الاستخلاف للقضاء جاز له استخلاف من يجوز له القضاء مع نصبه و لو منع عن الاستخلاف لم يجز، و مع إطلاق توليته القضاء و تفويضه إليه فإن كان فى البين قرينة تقتضى الاذن فى الاستخلاف، كما لو كان البلد وسيعا لا يتيسّر فيه القضاء بوحدة جاز الاستخلاف، و مع عدم القرينة فلا يجوز لأنّ القضاء من غير الإمام- عليه السلام- موقوف على اذنه- عليه السلام- و قد تحقق بالإضافة إلى المنصوب دون من يستخلفه.

أقول: المهم فى المقام التكلم فى زمان الغيبة و انّ المنصوب للقضاء بالنصب العام يجوز له أن يستنيب غيره بالقضاء بالتوكيل، فيما إذا لم يكن من ينوب عنه داخلا فى النصب العام كأن يوكّل المجتهد مقلّده البصير فى أمر القضاء أن يقضى بفتاواه فى الوقائع التى ترفع إليه، بأن يطبق على تلك الوقائع فتاواه التى ذكرها فى رسالته أو كتابه، فيحكم بمقتضاها.

فقد ذكر فى الجواهر جواز ذلك و نقله عن المحكى عن الفاضل القمى و قال: لا بأس بذلك لو لم يكن إجماع على خلافه كما لهجت بدعواه السنة المعاصرين و بعض من تقدّمهم، و قال: لا يرد على ذلك باختصاص النصب العام بالمجتهد، فكيف يكون قضاء غيره نافذا، فإنّ اختصاص النصب العام للمجتهد يقتضى عدم نفوذ حكم غيره مستقلا، لا عدم نفوذ حكمه و لو كان بالتوكيل عن المنصوب، فانّ للمجتهد الولاية على القضاء نظير ما كان للإمام- عليه السلام- على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷

....

ما هو ظاهر رواية عمر بن حنظلة و كما كان للإمام- عليه السلام- الاستنابة للقضاء بقضاياه- عليه السلام- كذلك للمجتهد الاستنابة و تولية الحكم بفتاواه التى هى عدل و قسط و حكم بما أنزل اللّه، انتهى.

و لا يخفى أنّ غاية ما يستفاد من النصب العام أنّ للعالم بقضاياهم أن يقضى فى الوقائع التى ترفع إليه، و أمّا أن له التوكيل بأنّ يوكّل الغير فى القضاء فيها فلا.

و بتعبير آخر: ان مقتضى جعل شخص حاكما أو قاضيا كما هو مقتضى معتبرة أبى خديجة و مقبولة عمر بن حنظلة هو قيام مبدء القضاء و الحكم بذلك الشخص لا الأعم من قيامه به و بمن هو من قبله، إلّا أن يثبت أنّ القضاء نظير البيع و النكاح و الطلاق من الأمور التى تستند إلى الشخص بالتسبيب و الوكالة، كما أنّه لم يحرز أنّه من الأفعال التى تستند عرفا إلى غير المباشر أيضا، كما فى الحلق و الذبح و التصدّق.

و ليس فيما ورد بمشروعية الوكالة عموم يدخل فيه القضاء. و التمسّك فى مشروعية التوكيل فى القضاء بمثل رواية معاوية بن وهب و جابر بن يزيد غير صحيح، فإنّها واردة فى بيان حكم آخر، و هو استمرار الوكالة فى أمر إلى زمان وصول العزل إلى الوكيل بعد مشروعية الوكالة فى ذلك الأمر.

و على الجملة: الثابت هو أنّ قضاء المجتهد قضاؤه- عليه السلام- و أمّا أنّ قضاء وكيل المجتهد قضاؤه- عليه السلام- فهذا غير ظاهر، و مقتضى الأصل عدم النفوذ.

هذا كلّه إذا وكّل المجتهد مقلّده، و أمّا إذا وكّل مجتهدا آخر لا يجوز لذلك المجتهد الاستقلال بالقضاء، كما إذا كان مفضولا و معه الأفضل فى البلد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸

....

فالأمر أيضا كـذلك، بل الأمر فيه أشـكل فإنّه و إن وكّله فى القضاء بعلمه فالمفروض أنّ القضاء عنه بعلمه غير نافـذ فى الواقعـة، و إن وكّله فى القضـاء بفتوى الموكّل فـالمفروض أنّ ذلك المجتهـد لا يرى فتواه حكم اللّه و الحق و العـدل فكيف يكون قضاؤه بالحق و العدل و بما أنزل اللّه.

و أجاب عن ذلك السيد اليزدى- قدّس سرّه- بأنّ دليل اعتبار ظن المجتهد على حدّ سواء بالإضافة إلى المجتهدين، و لكن لم يظهر وجه صحيح لـذلك الجواب، فإنّ مقتضاه أن يترك ما استفاده من الأدلـة و الأخذ فى الواقعة بفتوى الغير، و كيف يمكن لمجتهد أن يترك مقتضى خطاب الشرع بنظره و يتعبّد بما يراه مقتضى خلاف ظاهره.

ثمّ إنّه قد يقال: إذا اقتضت المصلحة تولية القضاء لغير الواجد لشرائط القاضى كغير العالم أو غير العادل فللإمام- عليه السلام- توليته، و يستدلّ على ذلك بنصب شريح المعروف بفقده شرائطه، و انّ الاضطرار إلى فعل كما يرفع حرمته كـذلك الاضطرار إلى ترك رعايـة شرط يرفع اشتراطه، و على ذلك فالاضطرار إلى قضاء العالم بالحكم من غير اجتهاد أو من غير عدالـة يوجب جواز المرافعة إليه، بل نفوذ قضائه و جواز نصبه.

أقول: الاضطرار، تارة: يلاحظ بالإضافة إلى ولىّ الرعية حيث لا يكون له خيار إلّا نصب من لا يكون واجدا للأوصاف المشروطة، كما قيل وقوع ذلك فى نصب شريح، و أخرى: بالإضافة إلى الرعية حيث يضطرّون إلى المرافعة إلى قضاء غير الواجد لشرائط القاضى. و ثالثة: يلاحظ بالإضافة إلى نفس القاضى حيث يرى نفسه فاقدا لبعض شرائط القاضى كالعدالة أو الاجتهاد، و لكن يرى

....

حاجة الرعية إلى قضائه لعدم كون الواجد لشرائط القضاء بمقدار الكفاية لحاجة الناس أو عدم تصدّى الواجد لشرائطه للقضاء، عذرا أو من غير عذر.

فإن كان الاضطرار بالإضافة إلى ولىّ المسلمين فلا ينبغى التأمّل فى أنّه يجوز له الاذن لغير الواجد بالقضاء بالحق فى الوقائع المرفوعة إليها، لأنّ الاذن فى القضاء فى نفسه و ان كان غير جائز لغير الواجد، إلّا أنّ طروّ الاضطرار إلى الاذن و النصب يجوّزه، كما يجوزه نفى الحرج أو الضرر الحرمة الثابتة فى فعل لولا طرو هذه العناوين، و يقال من هذا القبيل اضطرار على- عليه السلام- إلى النصب فى قضية الحكمين. و لكن لا يترتب على هذا النصب حكم وضعى، و بتعبير آخر يكون نصبه هذا من قبيل التقية فى بيان الحكم أو القضاء، و لعل نصب شريح كان من هذا القبيل، و لذا اشترط- عليه السلام- أن لا ينفذ قضائه حتى يعرضه عليه، و فى صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «لما ولّى أمير المؤمنين- عليه السلام- شريحا القضاء اشترط عليه أن لا ينفذ القضاء حتى يعرضه عليه «۱»».

نعم لو كان النصب بمعنى إلزام ولى المسلمين الرعية بالعمل بقضاء ذلك الفاقد و ترتيب الأثر عليه لطرو المصلحة الموجبة لذلك، فلا بأس بالإلزام بترتيب أثر القضاء الصحيح عليه، إلّا مع العلم بخطئه، أو مع العلم بصوابه، كما ربّما يلتزم بذلك بالإضافة إلى قضاء القاضى من أهل الخلاف بالإضافة إلى ثبوت هلال ذى الحجة، و يمكن استظهار ذلك مما ورد فى شأن شريح فى قضية درع طلحة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۶.

....

و لعل اشتراط أن لا ينفذ حكمه حتى يعرضه عليه- عليه السلام- لإحراز كونه على الحق، و هذا يدخل في الحكم الولائي بالإضافة إلى الرعية و بالإضافة إلى الولي من الحكم الشرعي في نصبه و أمر الرعية باتباع قضائه، حيث إنّ جواز النصب و جواز الأمر بالاتباع فيما إذا لم يعلم خطأ قضائه أو علم كونه على الموازين من الحكم الشرعي المترتب على ولاية الزعامة على الرعية، فيما كانت شرعية كما في الإمام- عليه السلام.

و أمّا اضطرار المترافعين إلى المرافعة إلى فاقد الأوصاف المعتبرة في القاضي، فقد تقدم الكلام فيه في المراجعة إلى حكّام الجور و قضائهم من أنّه إذا أحرز حقّه و توقف استنقاذه على الترافع إلى غير الواجد للأوصاف فلا بأس لارتفاع الحرمة بأدلّة نفي الضرر و نفي الحرج و للاضطرار، و لا يقتضي شيء من ذلك اعتبار قضاء الفاقد لشرائط القضاء، حيث مقتضى الأدلّة الرافعة نفي التكليف الثابت لولاها لا إثبات الحكم الوضعي.

و على الجملة فالأوصاف المعتبرة في القاضي لا- يدخل في فعل المكلّف ليضطرّ إليه فعلا- أو تركا، و إنّما فعله المرافعة إلى فاقد الوصف و الرجوع إليه لو كان محرما يرتفع حرمته، و لكن لا يثبت نفوذ قضائه.

و أمّا اضطرار غير الواجد لأوصاف القاضي إلى القضاء فلا يتصور اضطراره إلى قضائه، فإنّ تولي القضاء مشروط بصفات و على غير الواجد تحصيل تلك الصفات مع تمكنه من تحصيلها ليقضي بين الناس، و مع عدم تمكنه فلا تكليف بالإضافة إلى القضاء، نعم يمكن تصوير إكراهه على القضاء، و معه يجوز له القضاء تكليفا، و لكن لا يثبت لقضائه نفوذ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱

[الخامسة: إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء]

الخامسة: إذا ولي من لا- يتعين عليه القضاء فإن كان له كفاية من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال و لو طلب جاز (١) لأنّه من المصالح، و إن تعيّن عليه القضاء و لم يكن له كفاية جاز له أخذ الرزق و إن كان له كفاية قيل: لا يجوز له أخذ الرزق لأنّه يؤدي فرضا.

---

(١) ذكر- قدّس سرّه- أنّه إذا لم يتعين على الشخص تولّي القضاء كما إذا كان التولي واجبا كفائيا و تولي القضاء و كان له مال يكفي لمؤنته، فالأفضل أن لا يأخذ الرزق من بيت المال المجتمع من الزكوات و الخراج و المقاسمة و جزية الرؤوس و نحوها، و لعل وجه كونه أفضل توفير بيت المال و تيسير ولي المسلمين، حيث إنّ الامتناع عن الارتزاق منها إعانته على مهامّه من صرف المال على سائر مصالح المسلمين، و لو طلب الرزق و الحال هذه جاز لأنّ صرفها على القضاة من صرفها على مصالح المسلمين.

و ذكر في الجواهر أنّ في جواز المطالبة إشكال، و هو أنّه مع وجوب تولي القضاء و لو بنحو الواجب الكفائي لا يجوز له الامتناع عن التولي، و مع عدم الجواز كيف يجوز له المطالبة بالمال، هذا لو لم نقل بكون القضاء تعبديا و إلّا يجيء في الطلب اشكال آخر و هو أنّ العبادة فعل العبد ليتقرب به إلى اللّه سبحانه و مع أخذ العوض يلزم الجمع بين العوض و المعوض، هذا إذا كان الوجوب كفائيا، و أمّا إذا تولي القضاء لعدم الآخر أو أمر الإمام- عليه السلام- بالتولي فيجوز أخذ الرزق مع حاجته لقيامه بمصلحة المسلمين و نظام النوع، و أمّا إذا لم يكن محتاجا فلا يجوز على قول لأنّ القضاء في الفرض متعيّن عليه.

أقول: أمّا أخذ الرزق من بيت المال فالأظهر جوازه، سواء أ كان له مال يكفي لمؤنته أم لا، لأنّ بيت المال معدّ للصرف على مصالح المسلمين، و إذا كان في إعطاء ولي المسلمين القاضي من بيت المال و لو مع عدم فقره ما يوجب

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲

امّا لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و الوجه التفصيل، فمع عدم التعين و حصول الضرورة قيل يجوز و الأولى المنع و لو

اختلّ أحد الشرطين لم يجز.

اهتمامه و سعيه فى أمر القضاء جاز له الإعطاء، كما جاز للقاضى الطلب و الأخذ.

و لا يقال: قد ورد فى صحيحة عبد اللّه بن سنان: «سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلک السحت» «۱».

فإنّه يقال: مع أنّ ظاهرها العوض على القضاء، حيث لو كان المراد مجرد الارتزاق لاكتفى السائل بقوله عن قاض بين قريتين يأخذ الرزق من السلطان، فهى منصرفة إلى قضاة الجور المعروفين فى ذلک الزمان المنهى عن المراجعة إليهم من الأعوان الظلمة.

و الحاصل ارتزاق القاضى و الإعطاء من بيت المال له من صرفه على مصالح المسلمين، خصوصا مع حاجته و لو للتوفير على عياله أو تأمين الأمور المرتبة على قضائه، و قد ورد فى العهد المعروف إلى مالک الأشتر: «و أكثر تعاهد قضائه و افسح له فى البذل ما يزيح علّته و تقلّ معه حاجته إلى الناس» «۲».

و أمّا أخذ الأجرة على القضاء فقد ذكرنا فى بحث أخذ الأجرة على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل و لو كان تعبّديا لا يوجب عدم جواز أخذ الأجرة عليه، لأنّ العبادة لا توجب كون الفعل مملوكا لفاعله أو للّه سبحانه بملک اعتبارى ليلزم من أخذ الأجرة عليه الجمع بين العوض و المعوض، و يكفى فى قصد التقرّب المعتبر فيه انّه لو لم يكن أمر الشارع به لما كان يأتى به حتى مع إعطاء الأجرة عليه، بل الموجب لفساد أخذ الأجرة أحد أمرين: أحدهما: أن يكون إيجابه على المكلّف بأن يأتى به مجانا، الثانى: عدم المالية لذلک الفعل، سواء

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۸ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۲.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۹: ۱۶۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳

امّا الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجرة، لتعيّن الإقامة عليه مع التمكّن، و يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم و صاحب الديوان و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال لأنّه من المصالح، و كذا من يكيل للناس و يزن، و من يعلّم القرآن و الآداب.

أ كان واجبا أم مندوبا، بحيث يكون أخذ العوض عليه من أكل المال بالباطل.

و ربّما يقال: إنّه يستفاد عدم المالية للقضاء شرعا و إيجابه على واجد الأوصاف مجانا من صحيحة عمّار بن مروان قال: «قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-:

كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت، و السحت أنواع كثيرة، منها ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة و منها أجور القضاة و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ و المسكر و الربا بعد البينة فأمّا الرشا فى الحكم فإنّ ذلک الكفر باللّه العظيم جلّ اسمه و برسوله» «۱».

و أجيب بأنّها ناظرة إلى ذلک الزمان من القضاة المتصدين للقضاء من قبل الظلمة، و إنّ أجورهم داخلة فى ما أصيب من أعمال الولاة الظلمة، كما يؤيّدها تكرار لفظة منها الظاهرة فى التبعيض، مع رجوع الضمير إلى الموصول لا إلى الأنواع.

أقول: لم تظهر قرينة على أنّ الألف و اللام فى القضاة للعهد و تكرار لفظة منها لا يدلّ على شيء لو لم يكن تأنيث الضمير قرينة على عوده إلى الأنواع، مضافا إلى أنّ القضاء فى واقعة كالإفتاء فيها فى عدم المالية، فالأحوط ترک أخذ العوض من المتخاصمين. بل مطلقا، و إن كان العهد المعروف يشير إلى جواز الأوّل و الاكتفاء بالارتزاق، حيث إنّ ما فى العهد لا يخرج إلى حد الظهور فى أخذ

العوض، فإنّه يمكن أن يكون السؤال لكتابـة القضاء، و لو كان الكاتب هو القاضـى و مثل الكتابة ليس داخلا فى القضاء الواجب، كما لا يخفى.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲ الباب ۵ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱۲: ۶۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴

[السادسة: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضة]

السادسة: تثبت ولاية القاضى بالاستفاضة (۱)، و كذا يثبت

---

(۱) الظاهر انّ المراد من ولاية القاضـى نصـبه الخاص للقضاء و مراده من الاسـتفاضة شـهرة خبر نصـبه، بحيث يحصل منه الاطمئنان و الوثوق و سـكون النفس غالبا، و لو لم يكن فى بعض الموارد لبعض الجهات كذلك و الثبوت بالشياع كذلك لا يختص بالولاية على القضاء، بل يثبت بالاسـتفاضة غيرها أيضا مما جرت السـيرة حتى عند المتشرعة على الاعتماد عليها فيها من نسب الشخص، ككونه ابن فلاـن أو أخـا لفلاـن من غير فرق من جهـة الأـب أو الأم و الملك المطلق ككون هـذه الـدار لزيـد أو المزرعـة لفلان، نعم خصوصـية الملك ككونه بالشراء أو المصالحة أو الهبة و نحوها لا تثبت بالشياع.

و من الاستفاضة المعتبرة الشياع فى موت شخص أو نكاحه من فلانة، أو كون الملك وقفا و كون العبد معتقا و نحو ذلك مما قيل فى ضابطها كل ما يعسر عليه إقامة البينة، و الوجه فى تفسير الاستفاضة فى كلام الماتن بذلك أنّه لو كان المراد بالاستفاضة الشياع المفيد للعلم و اليقين فعلا لما يكون اعتباره مختصا بالأمور المذكورة كما هو ظاهر المتن و غيره.

و فى مرسـلة يونس بن عبـد الرحمن عن أبى عبـد اللّه- عليه السـلام- «قـال: سـألته عن البيّنـة إذا أقيمت على الحق أ يحلّ للقاضـى أن يقضـى بقول البيّنة إذا لم يعرفهم من غير مسألة؟ فقال: خمسة أشياء يجب على الناس أن يأخذوا فيها بظاهر الحكم: الولايات و التناكح و المواريث و الذبائح و الشهادات، فإذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» «۱».

و فى رواية الفقيه: الأنساب بدل المواريث «۲»، و لعل المراد منهما واحد،

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۲۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۱۳.

(۲) الفقيه ۳: ۹، الرقم: ۲۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵

بالاستفاضة: النسب و الملك المطلق و الموت و النكاح و الوقف و العتق، و لو لم

حيث إنّ المراد من المواريث موجب الإرث، أى النسب و المراد بظاهر الحكم الشياع الموجب للاطمئنان و سكون النفس غالبا، و إن لم يكن فى بعض الموارد لوجود مقتضى الشك كذلك.

و لعلّ المراد من ظاهر الحكم فى عدالة الشـهود و عدم السؤال عن باطنه، مع أنّ القاضى يفتش عن حال الشهود، و يسأل المدعى عليه عن الجـارح لهم هو أنّه يكفى فى عدالـة الشـخص إحراز حسن ظـاهره و إحراز عـدم القـادح فى ذلـك الحسن، و لاـ يعتبر التفتيش و السؤال عن باطن أمره، و فى بعض نسخ التهذيب الأخذ بظاهر الحال بدل ظاهر الحكم.

و ذكر صاحب الجواهر- قـدّس سرّه- أنّ المراد منهما واحـد لكون المراد بظاهر الحكم شـيوع النسـبة بين المحمول و موضوعه، و إنّ

النسبة بينهما فيما كانت شائعة عند الناس، بحيث ينسبون الحكم إلى ذلك الموضوع كما يقال هذه الدار وقف، أو أنّ فلانا ابن خالد يجوز الحكم بذلك الشياع فى الأمور المتقدمة، و يحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم فى الشهادات الأمور المربوطة بالشهادة كعدالة الشاهد و فسقه.

و استشهد لذلك بصحيحة حريز الواردة فى ذم أبى عبد اللّه- عليه السلام- ابنه إسماعيل فى دفعه مالا إلى من كان يريد السفر إلى اليمن ليشترى له بضاعة مع الشياع عند الناس بأنّ المدفوع إليه شارب الخمر و انّه ليس أهلا للأمانة «۱»، حيث إنّ الصحيحة ظاهرة فى اعتبار الشياع فى إحراز فسق الشخص و حسن حاله فيكون العبرة بنفس الشياع لا بما يحصل منه من العلم أو الظن المتاخم أو مطلق الظن.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳ الباب ۶ من أبواب أحكام الوديعة، الحديث ۱: ۲۳۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶

يستفض أمّا لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له أو لغيره من

بل يظهر من الصحيحة اعتبار الشياع فى كل أمر و لو لم يكن من فسق شخص أو عدله أو الأمور المتقدمة، لأنّ سياق الصحيحة و هو الأمر بتصديق المؤمنين يأبى عن حملها على خصوص شياع الفسق لشخص و انحصار تصديق المؤمنين به، و اقتصارهم بالأمور المتقدمة فى ذكر اعتبار الشياع ليس لعدم اعتباره فى غيرها مع حصوله، بل لأنّ تحقق الشياع فى غيرها أمر نادر، كيف و قد صرّحوا بثبوت رؤية الهلال و غيرها بالشياع، و على ذلك فيجوز للقاضى الحكم فى الواقعة المرفوعة إليه بالشياع و ظاهر الحكم عند الناس، و لا ينافى ذلك ما ورد فى أنّ القضاء يكون بالبيّنات دون غيرها و ذلك فإنّ ما دلّ على عدم اعتبار غير البيّنة و اليمين فى القضاء بالإطلاق فيرفع اليد عنه فى موارد الشياع لقيام الدليل على اعتباره.

و يحتمل أن يكون حصر القضاء بالبينات بملاحظة الغالب، حيث إنّ تحقق الشياع فى الحكم فى غالب الموضوعات أمر نادر، كما لو كان المراد من شياع الحكم أن يكون الناس على إذعان بالنسبة لا ان يكون الشياع فى خبر النسبة بأن اشتهر أنّه قيل انّ زيدا شارب الخمر و خبر إسماعيل يشير إلى أنّ المراد هو شياع التصديق، فإنّ المناسب للأمر بتصديق المؤمنين التصديق بما هم فيه على تصديق و إذعان، انتهى.

أقول: قد تقدم انّ الشياع الموجب للعلم ليس مورد المناقشة فى الاعتبار فإنّ العلم الوجدانى معتبر من أى سبب حصل، و الكلام فى الشياع غير الموجب للعلم، فهل هو موضوع للاعتبار فى بعض الأمور كما هو ظاهر الماتن أو أنّه معتبر فى كل الأمور كما هو ظاهر كلام صاحب الجواهر- قدّس سرّه-؟

و الأظهر عدم اعتبار الشياع بنفسه فإنّ مرسلة يونس مع ضعفها سندا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷

الأسباب، أشهد الإمام أو من نصبه الإمام على ولايته شاهدين بصورة ما عهد

و عدم انطباق ما ورد فيها على الأمور التى ذكرها الماتن و غيره لا دلالة لها على اعتبار الشياع، فإنّه من المحتمل أن يكون المراد بظاهر الحكم فى الولايات المعاملة مع المتصدى لها معاملة الولى الشرعى من جواز المعاملة كما تقدم فى جواز شراء الخراج و المقاسمة و الالتزام بطاعتهم طاعة الرعية على ما كان فى ذلك الزمان لرعاية التقية و لو مداراة، و فى النكاح و المواريث و الذبائح إسلام الشخص باعترافه بالشهادتين، و فى الشهادات ما تقدم فى ثبوت عدالة الشاهد.

و فی صحیحة محمد بن مسلم عن أبی جعفر- علیه السلام- قال سألته عن الإیمان فقال: الإیمان ما کان فی القلب و الإسلام ما کان علیه التناکح و المواریث و تحقن به الدماء، و أمّا صحیحة حریز فلو لم یکن فیها الاستشهاد بالآیة لکانت فی دعوی دلالتها علی اعتبار الشیوع فی ثبوت الشیء وجه، و لکن بملاحظته لا تکون لها دلالة علی أزید من الترغیب فی تصدیق الناس تحفظا علی الواقع و احتیاطا فیه، لا تصدیقهم فی ثبوته حتی بالإضافة إلی أثر یکون ترتیبه علی خلاف الاحتیاط، کما هو المراد من ثبوت الشیء و اعتبار الامارة.

و بتعبیر آخر: لیس المدعی أنّ المراد من الإیمان للمؤمنین خصوص تصدیق الناس فیما ینفعهم و لا یضرّهم المعبّر عنه بالتصدیق الأخلاقی بأن لا ینسب الکذب إلیهم، کما فی مورد نزول الآیة حیث صدّق النبیّ الأکرم صلّی اللّه علیه و آله و سلّم النمّام علی إنکاره نمیمته مع تصدیقه اللّه سبحانه فیما أوحی إلیه فی أمر النمام فإنّ ارادة خصوصه ینافی مورد الصحیحة، حیث إنّ موردها ترتیب أثر شارب الخمر علی من یذکره الناس بشرب الخمر، فالجمع بین الصحیحة و ما ورد فی مورد الآیة هو أنّ المراد من تصدیق المؤمنین التحفّظ فی مورد اخبارهم علی الأخلاق و الواقع و إنّ هذا من المرغوبات الشرعیة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸

إلیه (۱) و سیّرهما معه لیشهدا له بالولایة، و لا یجب علی أهل الولایة قبول دعواه مع عدم البینة و إن شهدت له الأمارات ما لم یحصل الیقین.

و المتحصّل أنّه لا إطلاق فی البین یقتضی اعتبار مجرّد الشیاع فی ثبوت کل شیء ما لم یوجب العلم أو الوثوق و الاطمئنان، نعم الموجب للاطمئنان لا یکون موجبا للحکم و القضاء فی المرافعات و موجبات الحدود أخذا بما دلّ علی اعتبار البیّنة فی مدرک القضاء و ما ورد فی ثبوت موجبات الحد علی ما یأتی فی باب الشهادات، و أیضا قد ورد فی بعض الموارد أو قامت السیرة علی اعتبار الشیاع فیها حتی و لو لم یکن مفیدا للوثوق و الاطمئنان کشیوع نسب شخص و ثبوت حسن الظاهر له الکاشف عن عدالته، و لکن لم یظهر وجه لکون نصب القاضی منها، سواء کان المراد النصب الخاص أم ما هو الدخیل فی النصب العام من اجتهاده و فقاهته.

(۱) ذکر- قدّس سرّه- أنّه لو لم یکن نصبه مستفیضا لبعد موضع تولّیه القضاء عن موضع عقد القضاء له، یعنی النصب، أو لجهة أخری أشهد الإمام أو من بیده أمر نصبه بإطلاقه أو تقییده و الاشتراط فیه بشاهدین و یرسلهما معه إلی موضع تولّیه لیشهدا له بالنصب، و لا عبرة فی ثبوت النصب بغیر شهادة العدلین من سائر الأمارات الظنّیة، حیث لم یثبت اعتبار غیر شهادتهما.

و ذکر فی الجواهر أنّ هذا بناء علی عدم الحاجة فی اعتبار البیّنة إلی حکم الحاکم علی طبقها، و أمّا بناء علی اعتبار الحکم فیحتاج ثبوت ولایته علی حکم الحاکم سواء أ کان حاکم بلد آخر أم الحاکم الذی فی ذلک الموضع فیما إذا کان عزله معلقا علی أن تثبت ولایة القاضی المرسل.

أقول: الظاهر عدم الحاجة فی اعتبار البیّنة إلی حکم الحاکم فی غیر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹

[السابعة: یجوز نصب قاضیین فی البلد الواحد لکل منهما جهة علی انفراده]

السابعة: یجوز نصب قاضیین فی البلد الواحد (۱) لکل منهما جهة علی انفراده و هل یجوز التشریک بینها فی الجهة الواحدة؟ قیل بالمنع حسما لمادة اختلاف

الحقوق المحتاجة إلی المرافعة و غیر الحدود، لما ذکر علی اعتبارها من الدلیل، نعم عزل القاضی معلقا علی حدوث أمر معین کتعلیق

نصبه صحيح، فإنّ العزل و النصب يتبعان نظر ولى المسلمين فى التحفظ بصلاحهم و أمن بلادهم، و عليه فيجوز لولى المسلمين نصب القاضى فى البلد بالإضافة إلى الواقعة المرفوعة إليها، معلقا على ما إذا كان حكمه فى الواقعة موافقا مع سائر القضاء فى سائر البلاد بحسب كلى تلك الواقعة، و هذا علاج لتشتت القضاء فى الوقائع التى تتحد فى نوعها فى الحكم، حفظا لنظام القضاء فيها.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه يجوز لولى المسلمين نصب قاضيين فى بلد واحد فيما كان نصب كل منهما فى جهة غير ما ينصب الآخر لتلك الجهة، بأن نصب أحدهما للقضاء فى الحقوق المالية و الآخر فى الدماء و الفروج، و أمّا فيما كان نصبهما فى الجهة الواحدة على الاستقلال أو أن يقضى كل منهما فى كل الجهات و القضايا على نحو الاستقلال. كما هو الحال فى النصب العام، فقيل بعدم الجواز، لأنّ مع النصب كذلك يمكن أن يختار أحد المترافعين غير ما يختاره الآخر، فيكون منشأ للنزاع و الاختلاف، و لكن الوجه الجواز، لأنّ كلّا من القاضيين ينوب عن ولى المسلمين، فى القضاء، و النيابة تتبع اختيار المنوب عنه، نظير توكيل المالك اثنين فى بيع ماله بحيث يكون لكل منهما بيعه.

و ذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنّ مع تنازعهما فى اختيار القاضى يقدم من سبق إليه أحد المتخاصمين، و مع التقارن يرجعان فى التعيين إلى القرعة، و ذكر أيضا جواز نصب المتعدد و جواز نصب المتعدد أيضا للقضاء فى الوقائع بنحو الاشتراك و الاجتماع، كما قواه العلّامة و ولده، و لكن منع عنه بعضهم لعدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰

الغريمين فى الاختيار، و الوجه الجواز لأنّ القضاء نيابة تتبع اختيار المنوب.

الدليل على التشريك حتى فى الوكالة و سائر الولايات و يمكن أن يقال ان التشريك فى الوصاية و الوكالة هو عدم نفوذ تصرّف أحدهما بدون رضا الآخر لا أن يكون لكل منهما نصف الولاية أو الوكالة، ففى المقام أيضا يمكن التشريك فى الحكم بهذا المعنى، لا أن يكون كل من القاضيين بمنزلة نصف القاضى، و يترتب على التشريك بمعنى عدم النفوذ بدون رضى الآخر أنّه لو مات أحد الوصيين يكون تصرّف الآخر نافذا، و لا يحتاج إلى ضم الحاكم شخصا آخر مكان الميت بناء على أنّ المراد من التشريك شرط رضى الآخر مع إمكانه.

ثمّ أشار- قدّس سرّه- إلى ما قد يقال فى المقام من أنّه كيف لا يجوز التشريك بمعنى إعطاء الولاية لاثنين مجتمعين مع أنّه قد وقع مثل هذا التشريك فى الولاية العامّة التى هى فوق الولايات، كما فى قضية موسى و هارون- على نبينا و آله و عليهما الصلاة و السلام-، و أجاب بأنّ منصب النبوة كان لموسى و المراد من تشريك هارون إعطاء المنصب له، و لذا أفرد التصريح بهذا المنصب له فى بعض الآيات، و على ما تقدم فإن اختلفا فى الحكم وقف الحكم و إلّا نفذا، انتهى.

أقول: لو توقف نفوذ الحكم على النصب الخاص فيمكن كون نصب كلّ من الاثنين أو الأكثر بنحو الإطلاق و الاستقلال، كما يمكن كونه على تقدير و على نحو الاشتراك فى إصدار الحكم أو يوافق كل منهما على نظر الآخر قبل إصدار أحدهما الحكم.

و أمّا بالنظر إلى النصب العام فلا ينبغى التأمّل فى أن مقتضى ما تقدم نفوذ القضاء ممّن ترافعا عنده، و كان على الأوصاف المعتبرة المتقدمة سواء تعدد من على الأوصاف فى البلد أم لا، و العمدة أن مع تعدد القاضى و نفوذ الحكم من

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱

....

كل منهم فهل يكون اختيار القاضى للمدّعى أو من سبق إليه أحد المتخاصمين يتعين قضائه أو يرجع إلى القرعة إلّا إذا اتّفقا بواحد؟ ذكر فى المستند أنّه إذا كان هناك مجتهدان و أكثر، بحيث يجوز الرجوع إلى كل منهما أو منهم فمن اختاره المدّعى للمرافعة إليه

يكون له القضاء في الواقعة، و يجب على خصمه الإجابة لذلك القاضي، و على ذلك الإجماع و لأن المدّعى هو المطالب بالحق و لا حق للمنكر ابتداء.

و أجاب عن ذلك في ملحقات العروة بأن للمنكر أيضا حق الجواب كما أنّ له أن يسبق إلى حاكم فيطلب منه تخليصه عن دعوى المدّعي، و مقتضى القاعدة مع عدم أعلمية أحد الحاكمين القرعة، إلّا إذا ثبت الإجماع على تقديم مختار المدعي، و ذكر في العروة أنّ اختيار الحاكم بيد المدّعى إلّا إذا كان مختار الآخر أعلم، بل الأحوط الرجوع إلى الأعلم مطلقا.

أقول: ليس في البين ما يدل على ثبوت حقّ للمنكر قبل رجوع المدعي إلى قاض و المطالبة بحقّه بطرح دعواه و كذا بعد رجوعه إليه، و ما ذكر من أنّ للمنكر حق الجواب، فإن أريد لزوم الجواب بالإقرار أو بالإنكار أو بغيرهما فهذا ليس حقا له بل حكم يترتب على رجوع المدعي إلى القاضي و طرح دعواه عنده و مطالبة القاضي الخصم بالجواب عن دعوى المدعي.

و أمّا الحق في تخليص نفسه عن دعوى المدّعى فلا نعرف له مدركا، فإنّ المسقط لدعوى المدعي حلف المنكر و ما دام لم يطالب المدعي القاضي بالحكم لا يكون للقاضي تحليفه أو للمنكر التبرع بالحلف، بمعنى أنّه لو حلف كذلك لا يسقط حق الدعوى، كما يأتي على ما يقال.

نعم هذا إذا كان المدعي مطالبا بالحقّ عن خصمه، و إمّا إذا كانت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲

....

دعواه سقوط حقّ كان لخصمه سابقا فلا يبعد أن يكون لخصمه المنكر لسقوط حقه طرح المطالبة بحقه عند قاض، فيلزم على مدعي السقوط الحضور و إثبات دعوى السقوط. و على الجملة مقتضى مطالبة المنكر للسقوط بحقه إحضار المدعي عند أي قاض راجع إليه لاستيفاء حقّه، لكن هذا لا ينافي تعين اختيار مدعي السقوط.

و المتحصل أنّه إذا كان القضاء في موارد الاختلاف في الموضوعات الخارجية فاختيار القاضي بيد المدّعي سواء أ كان مختاره أعلم أم لا، فإنّ مقتضى إطلاق دليل نفوذ القضاء عدم اعتبار كون القاضي أعلم، كما تقدم في التكلم في معتبرة سالم بن مكرم و مقبولة عمر بن حنظلة بناء على عدم انصرافهما إلى قاضي التحكيم. و بما أنّ للمدّعي إثبات دعواه بأي طريق شرعي و لا يطالب منه خصوص طريق كما هو الحال في كل من يتصدى لإثبات أمر فله إثبات دعواه و لو بقضاء من لا يوافق عليه خصمه.

و هذا فيما إذا كانت دعوى المدعي ثبوت الحق، أمّا إذا كانت دعواه السقوط فاختيار القاضي أيضا بيد المدعي للسقوط لما تقدم، و لا ينافيه جواز مراجعة المنكر إلى قاض لاستيفاء حقه فيما إذا ترك المدعي المرافعة إلى قاض، هذا كله في الاختلاف في الموضوعات الخارجية.

أمّا إذا كان اختلافهما في الحكم الكلّي للواقعة فيجري أيضا ما ذكر في الاختلاف في الموضوعات، فيما إذا توقف إنهاء المخاصمة على القضاء، كما إذا كانت المنازعة بين مجتهدين مختلفين في الرأي أو بين مقلديهما، و لا يبعد تقييد مختار المدعي في الفرض، بما إذا كان أعلم، و أمّا إذا لم يتوقف إنهاؤها على القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳

....

فالمتعين الرجوع إلى الفتوى مطلقا أو فتوى الأعلم، فيما إذا علم اختلاف القضاة في الفتوى و لو بنحو الإجمال، على ما هو المقرر في بحث لزوم التقليد على العامي.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من كون تعيين القاضى بيد المدعى لا ينافى رضاه بمن يعيّنه خصمه أو رضاهما بحاكمين بأن يكونا ناظرين فى أمرهما، و حينئذ مع اختلافهما فى الحكم يكون المتبع قضاء الأعلم، كما يشهد لذلك موثقة داود بن الحصين عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «فى رجلين اتّفقا على عدلين جعلاهما فى حكم وقع بينهما فيه خلاف فرضيا بالعدلين فاختلف العدلان بينهما، عن قول أيّهما يمضى الحكم؟

قال: ينظر إلى أفقههما و أعلمهما بأحاديثنا و أورعهما فينفذ حكمه و لا يلتفت إلى الآخر» «۱».

و لا يخفى أنّه لو أمكن فى موارد التداعى رفع الاختلاف بتقليد صحيح و هو التقليد ممن تسالما على كونه أعلم فهو، و أمّا مع عدمه فان اتّفقا على قضاء واحد فهو، و مع عدم اتّفاقهما يتعيّن الرجوع فى تعيين القاضى إلى القرعة من غير خلاف يعرف، بلا فرق بين الاختلاف فى الموضوع أو الحكم.

و يشهد لذلك بعض الروايات الواردة فى القرعة، فإنّها على ما قيل تعم ما إذا لم يمكن تعيين الحق أو لم يمكن العمل بالحقوق لتزاحمها فى مقام العمل، ففيما ادعى الولد الأكبر عينا بأنّها حبوة كالراحلة لأبيهم و ادعاها سائر الورثة إرثا، أو ادعى من زوج الأب بنته الباكرة منه زوجيتها و ادعاها أيضا من زوج البنت نفسها منه فإن أمكن رفع الخلاف بالتقليد الصحيح و هو التقليد ممن تسالموا على

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸ الباب ۹ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۲۰: ۸۰.

[الثامنة: إذا حدث فى القاضى ما يمنع الانعقاد انعزل]

الثامنة: إذا حدث فى القاضى ما يمنع الانعقاد انعزل (۱) و إن لم يشهد الإمام بعزله كالجنون أو الفسق و لو حكم لم ينفذ حكمه، و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟

الوجه لا، لأنّ ولايته استقرت شرعا فلا تزول تشهّيا، أما لو رأى الإمام أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظرا فإنّه جائز مراعاة للمصلحة.

كونه أعلم فهو، و أمّا مع عدم إمكانه كما إذا كان كل من الولد الأكبر و سائر الورثة مجتهدا أو مقلدا لمن يرى الحكم على طبق ما يدّعيه فإن لم يرضوا بقضاء ثالث معيّن يرجع فى تعيين القاضى إلى القرعة، بلا فرق بين كون الراحلة بيد الولد الأكبر أو سائر الورثة، و بلا فرق بين كون الزوجة تحت يد أحد الزوجين أم لا.

و ما عن المستند من التفصيل بأنّ مع كون أحدهما ذا اليد يكون مختار الآخر مقدما لانّ الآخر هو المدعى و كذا يقدّم تعيين من لا تكون المرأة تحت يده لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا أثر لليد و لا اعتبار بها فى الشبهات الحكمية و تعيين صاحبها منكرا من آثار اعتبارها، و إنّما تعتبر فى موارد الاختلاف فى الموضوعات سواء أ كان الخلاف فى موجب اليد أم فى مزيل حكمها.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- انعزال القاضى بمعنى انحلال نصبه للقضاء بحدوث ما يمنع عن انعقاد منصب القضاء، كما إذا زالت عنه بعض الأوصاف المعتبرة فى القاضى، و إن لم يؤخذ الشاهد على عزله كحدوث جنون أو فسق فإن نصبه ما دام كونه على الأوصاف كما هو مقتضى اعتبارها ابتداء و استدامة، و على ذلك فإن قضى بعد حدوث ما يوجب انعزاله لا ينفذ حكمه، حتى و إن لم يعزله الإمام و لو لعدم اطلاعه بحاله.

[التاسعة: إذا مات الإمام، قال الشيخ- ره-: الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع]

التاسعة: إذا مات الإمام، قال الشيخ- ره-: الذى يقتضيه مذهبنا انعزال القضاة أجمع، و قال فى المبسوط: لا ينعزلون (۱) لأنّ ولايتهم تثبت شرعا فلا تزول بموته- عليه السلام- و الأوّل أشبه، و لو مات القاضى الأصلى لم ينعزل النائب عنه لأنّ

نعم الانعزال و إن كان تابعا لزوال الوصف واقعا، و لكن ما دام لم يحرز الزوال بوجه معتبر يعتبر حكمه للاستصحاب فى ناحية بقاء الوصف، و هذا من الحكم الظاهرى فى الشبهة الموضوعية فلا ينافى عدم النفوذ الواقعى.

كما أنّ الكلام فى أنّ عزل القاضى يكون بوصول خبر العزل إليه أو بحدوث إنشائه، و إن لم يبلغه خبره لا يجرى فى فرض فقد الوصف، لما تقدم من أنّ مقتضى اعتبار الوصف فى القاضى ابتداء و استدامة عدم الاعتبار بقضائه بعد فقد الوصف.

و ذكر صاحب الجواهر- قدّس سرّه- ان عود الوصف الزائل لا يفيد فى المقام بلا فرق بين عوده سريعا أو غير سريع و انّه ربّما يفرق بينهما فلا يبطل النصب فى الأوّل دون الثانى.

أقول: لا يبعد أن يكون مقتضى النصب الخاص إعطاء الولاية للقضاء فى زمان كان فى ذلك الزمان على الأوصاف فبعود الوصف المفقود يكون له ولاية القضاء، كما هو الحال فى النصب العام، و على الجملة لا يكون له ولاية القضاء زمان فقد الوصف خاصة.

(۱) ذكر- قدّس سرّه-: انّه إذا مات الإمام ينعزل القضاة بموته عند الشيخ- قدّس سرّه- قائلا بأنّ انعزالهم مقتضى مذهبنا، و وجّهه فى الجواهر بأنّ ولاية القضاة فرع ولاية الإمام- عليه السلام- التى انقضت بوفاته، و قال فى المبسوط بعدم انعزالهم لأنّ ولاية القضاء تثبت لهم بتوليته- عليه السلام-، و الأصل بقاؤها، و لأنّ فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶

الاستنابة مشروطة بإذن الإمام فالنائب عنه كالنائب عن الإمام فلا ينعزل بموت الواسطة و القول بانعزاله أشبه.

الانعزال ضررا عظيما لخلوّ البلاد من القضاة إلى أن يتجدّد النصب من الإمام اللاحق.

و ذكر فى المسالك أنّه يبطل النصب العام أيضا لأنّ الإمام الصادر عنه هذا النصب بقوله جعلته حاكما أو قاضيا قد مات، إلّا أنّ الأصحاب متفقون على استمرار النصب العام فى زمان الغيبة، و أنّه ليس من قبيل النصب الخاص، بل من قبيل بيان الحكم الكلّى و اعلامه كبيان قبول شهادة العدل و كون اليد امارة الملك، و غير ذلك من الأحكام الكلية.

أقول: اخبار الإمام- عليه السلام- بالكبرى الشرعية غير إعطاء الولاية بخلاف نصب القاضى للرعية عاما أو خاصّا فلا يقاس الثانى بالأوّل، و لو قيل بأنّ النصب العام فى القضاء من قبيل إعطاء المنصب و اعتبار الولاية جرى ذلك فى النصب الخاص أيضا، و ذلك فإنّ إعطاء الولاية و اعتبارها غير الوكالة فى القضاء، فإنّه لا يكون تصرّف الوكيل نافذا بعد موت الموكّل، حيث إنّ الوكالة أخذ الغير نائبا فى الفعل القابل للاستناد إلى الشخص و لو بالتسبيب فهذه النيابة تعتبر ما دام الموكّل حيا، و تنقضى بموته بخلاف إعطاء الولاية و جعل المنصب للغير كجعل القيم للصغار و المتولى للوقف فمع اعتبار النصب تتم الولاية للمنصوب.

و لو قيل بأنّ نصب شخص قاضيا من قبيل الاستنابة فى القضاء، كما هو مقتضى ما ذكرنا عن صاحب الجواهر- قدّس سرّه- جرى مثلها فى النصب العام أيضا، حيث إنّه عن الإمام السابق، إلّا أن يدعى إمضائه عن الإمام

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷

....

اللاحق و حتى عن إمام العصر- عجل اللّه تعالى فرجه الشريف- بعد وقوعه عن آبائه بنحو الوكالة الفضولية و الالتزام بالفضولية و إثبات الإمضاء كما ترى، و إن يقال بمثله فى مسألة تحليل الخمس، أو يدعى انّ الإمام- عليه السلام- لا تنقضى ولايته بموته بل ولا-يته ثابتة حيّا أو ميّتا، و على ذلك يلزم بقاء النصب الخاصّ أيضا و الالتزام باختلاف أحكام الوكالة بين كون الموكّل هو الإمام- عليه السلام- أو غيره أيضا كما ترى.

و على الجملة نصب القاضى خصوصا أو عموما من قبيل إعطاء المنصب و اعتبار الولاية فلا تنقضى بموت الإمام- عليه السلام-، نعم فى مثل نصب الفقيه القيم للصغار أو المتولى للأوقاف و نحو ذلك كلام و هو أنّ للفقيه الولاية على النصب أو إنّه ليس له إلّا التوكيل و الاستنابة و لو كان من قبيل التوكيل ينتهى بموت الفقيه، بخلاف ما إذا كان له إعطاء المنصب فانّ المنصب المعطى يبقى ما دام المنصوب.

و قد ذكرنا فى بحث ولاية الفقيه أنّ تصديه للأوقاف التى لا متولى لها و لأموال الأيتام التى لا قيم لهم داخل فى الأمور الحسبية التى يكون الأصل فيها عدم جواز التصرّف و تصرّف الفقيه فيها بالمباشرة أو بالاستنابة من باب الأخذ بالقدر المتيقن من الجواز، و أمّا ولايته على النصب فأقامه الدليل عليه مشكل، إلّا أن يدعى أنّ مجرّد التوكيل فى مثل تلك الأمور غير كاف للزوم توقف التصدّى و تعطيل الأموال بموت المجتهد إلى أن يحصل الاذن من مجتهد آخر، أو أنّ النصب المزبور و نحوه من شؤون القاضى، كما يظهر من بعض الروايات، و قد أعطى منصب القضاء للفقيه العادل على ما تقدم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸

[العاشرة: إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته]

العاشرة: إذا اقتضت المصلحة تولية من لم يستكمل الشرائط انعقدت ولايته مراعاة للمصلحة فى نظر الإمام كما اتفق لبعض القضاة فى زمان على- عليه السلام-، و ربّما منع من ذلك فإنّه- عليه السلام- لم يكن يفوّض إلى من يستقضيه و لا يرتضيه بل يشاركه فيما ينفذه فيكون هو- عليه السلام- الحاكم فى الواقعة لا المنصوب.

[الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه]

الحادية عشرة: كل من لا تقبل شهادته لا ينفذ حكمه (۱) كالولد على الوالد

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لا ينفذ قضاء القاضى فيما كان قضاؤه على من لا تقبل شهادته عليه، كقضائه على والده حيث لا تقبل شهادة الولد على والده و كشهادة العبد على مولاه و شهادة أحد على آخر بينهما خصومة أى عداوة، بحيث لا توجب تلك العداوة فسق الشاهد، و إلّا يكون عدم القبول لفسق الشاهد، فإنّ القاضى إذا كان ممّن لا تقبل شهادته على الآخر فلا ينفذ قضاؤه عليه أيضا و لو مع كونه بشرائط القاضى و أوصافه، و هذا بخلاف شهادة الولد لوالده، أو شهادة الوالد على ولده أو لولده، و شهادة الأخ على أخيه أو لأخيه، فإنّ الشهادة كذلك نافذة فيما كان الشاهد عدلا و لذلك يكون قضاؤه أيضا نافذا مع كونه بشرائط القضاء و أوصاف القاضى، و الوجه فى ذلك يعنى عدم نفوذ القضاء فيما ذكر ما قيل من أنّ القضاء شهادة و زيادة و إذا لم تجز الشهادة فلا يجوز القضاء أيضا.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ أصل الحكم يعنى عدم قبول شهادة الولد على والده غير ثابت و إن نسب ذلك إلى الأشهر بل إلى المشهور، لأنّ المستند فيه هو مرسلة الفقيه «۱» و للإرسال و معارضتها بخبرى على بن سويد «۲» و داود بن الحصين «۳» غير صالحة

للاعتماد عليها، فيؤخذ بإطلاق ما دلّ على ثبوت الحق

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۷۱.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۲۹.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹

و العبد على مولاه و الخصم على خصمه و يجوز حكم الأب على ولده و له، و الأخ على

بشهادة العدلين أو بشهادة العدل و يمين المدّعى و نحو ذلك.

و أمّا الأخذ بعموم قوله سبحانه يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلّٰهِ وَ لَوْ عَلىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ «۱» كما ذكر فى الجواهر و غيرها لا- يمكن المساعدة عليه، فإنّه كما تقدم، حيث إنّ الأمر بإقامة الشهادة لا يدلّ على نفوذها و لزوم قبولها مطلقا.

لا يقال: كيف تجوز شهادة الولد على والده مع حرمة العقوق و ظاهر قوله سبحانه وَ صٰاحِبْهُمٰا فِى الدُّنْيٰا مَعْرُوفاً «۲»، مع أنّها إظهار لكذب الوالد و إيذائه فلا يكون معروفا بل عقوقا.

فإنّه يقال: إظهار الحق و ردّ الوالد عن باطله و تخليصه عمّا عليه من حق الغير معروف إليه و لو صحّ ما ذكر لكان مقتضاه حرمة شهادة الولد على والدته و لا تنفذ شهادته لكونه بتلك الشهادة محكوما عليه بالفسق، و عموم قوله سبحانه:

كُونُوا قَوّٰامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدٰاءَ ينفى تلك الحرمة، و إلّا لما كان فرق بين الشهادة على الوالد و الشهادة على الأم، و ما قيل من جواز شهادة الولد على والده بعد موته مبنى على دعوى العقوق، ثمّ على تقدير قبول الأصل فكون القضاء داخلا فى الشهادة بأن يكون القضاء شهادة و زيادة ممنوع، فإنّ القضاء أخذ بشهادة الغير لا اقامة لها، نعم لو تم أمر العقوق و المصاحبة بالمعروف لما كان فرق بين أداء الشهادة و القضاء.

و من جملة من لا تقبل شهادته من يجرّ بشهادته نفعا إلى نفسه، أو يدفع

---

(۱) النساء: ۱۳۵.

(۲) لقمان: ۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰

أخيه و له كما تجوز شهادته.

غرامة عن نفسه، و لذا قالوا انّ القاضى إذا كان داخلا فى الأطراف فى المخاصمة سواء كان مدعيا أم منكرا أو كان المدعى أو المنكر متعددا أحدهم القاضى فلا ينفذ حكمه فى تلك الواقعة و لو مع تراضى الأطراف.

و يستدل على ذلك بوجهين:

الأوّل: عدم قبول شهادة من يجرّ بشهادته نفعا إلى نفسه، أو يدفع غرما عنه، و القضاء شهادة و زيادة، و فى معتبرة أبان قال: «سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا فى شيء له فيه نصيب» «۱» و نحوها غيرها.

و فى موثقة سماعة قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود؟ قال: المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم الحديث» «۲».

و لكن هـذا الوجه غير تـام لمـا تقـدم من أنّ القضاء غير الشـهادة فلا يجرى على الأوّل الحكم الثابت فى الثانى، مع أنّ مقتضـى الوجه المزبور أن لا ينفـذ حكمه فى تلك الواقعـة، فيما إذا كان فى الحكم الصادر جرّ نفع إلى نفسه أو دفع مغرم عنه، أمّا إذا كان فى قضائه الحكم على نفسه فيكون نافذا مع أنّ ظاهرهم عدم نفوذ حكمه فى تلك الواقعة مطلقا و حتى مع تراضى الأطراف.

كما هو مقتضـى الوجه الثانى، و هو أنّ الظاهر من معتبرة سالم بن مكرم و مقبولـة عمر بن حنظلة و غيرهما ممّا ورد الأمر بالرجوع إلى رجل يعلم من قضاياهم أو من يروى حديثهم و ينظر فى حلالهم و حرامهم توجه الأمر إلى أطراف

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۲.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱

....

المخاصمة، و إذا كان القاضى من أطرافها يكون مكلفا كسائر أطرافها بالرجوع إلى من يكون حاكما و قاضيا.

و هـذا نظير مـا يـذكر فى بـاب الزكاة من أنّ الأمر بـدفعها و الإتيان بها ظاهر الـدفع إلى الغير، فلا يجوز لمالك النصاب تملك الزكاة لنفسه مع فقره، و هـذا الوجه لا بأس به، و لـذا لا يبعـد الالتزام بعـدم نفوذ القضاء حتى فيما إذا وكّل القاضـى الغير فى المرافعة إليه مع الطرف الآـخر، أو كـان النزاع بين وكيله و الطرف الآخر فى مال أنّه ملك موكّله أو للطرف الآخر، و كـذا فيما كان النزاع فى مال بأنّه للمولى عليه للقاضـى أو لشـخص آخر كمـا إذا كـان القاضـى وصـيّا أو قيمـا للأطفال بالإيصاء إليه أو بجعل القيمومـة من الميت، فإنّ القاضى المزبور فى الواقعة طرف المخاصمة.

و ذكر فى ملحقات العروة انّ الولايـة الخاصـة لا تمنع القضاء كالولايـة العامّـة، فيما إذا وكّل القاضـى الغير فى المرافعة إليه مع الطرف الآخر، نعم إذا لم يكن القاضـى داخلا فى أطراف النزاع بحسب صورته، كما إذا نـذر أحد المال للقاضـى أو وقف عليه، ثم وقع النزاع بين النـاذر أو الواقـف و بين الغير فى المـال المنـذور أو الوقـف، فلاـ إشـكال فى قضـاء القاضـى بالمنـذور له الموقـوف عليه حيث إنّ الخطاب بالرجوع إلى من ينظر فى واقعتهم لا يتوجه إلى القاضى المزبور.

و يظهر من المسـتند أنّ القاضى لا ينفذ حكمه فيما كان هو أو وكيله طرفا فى النزاع و لو فى الوقائع التى يتصرف فيها القاضى بالولاية العامّـة بأن كان المتصـدى للواقعـة التى وقعت المخاصـمة فيها هو القاضـى أو وكيله، و أمّا إذا كان المتصـدى لها شـخص آخر نصبه القاضى المزبور قيما أو متوليا أو نصبه كذلك حاكم آخر فلا بأس بتصديه للقضاء فيها، لأنّ القاضى فى فرض تصديه بالمباشرة أو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۲

....

بالتوكيـل طرف النزاع، بخلاـف مـا إذا كـان طرف النزاع القيم أو المتولى المنصوب من قبله أو من قبـل حاكـم آخر فلا يتعلّق نزاعهما بالقاضى.

و يمكن تأييـد ذلـك بمـا ورد فى درع طلحـة، فإنّه إمّا كان راجعا إلى بيت المال أو إلى ورثـة طلحـة، و باعتبار غيابهم عن المال كان المتصدى لأمره على- عليه السلام- بالولاية العامّة، و قد جعل- عليه السلام- بينه و بين من كان بيده درعه شريح.

أقول: لا يخفى أنّ التأييـد فى غير محلّه فإنّ جعل القاضـى فى الواقعة كان تلبية لسؤال عبد اللّه بن قفل فلا يدلّ على عدم نفوذ قضائه- عليه السلام- فيما لو كان متصديا للقضاء، بل ظاهر أمره- عليه السلام- بعد بيان خطأ شريح بأخذ الدرع هو نفوذ حكمه- عليه السلام-

«(۱).

و الحاصل أنّ دعوى الانصراف فی روایات نصب القاضی و انّ أطراف المخاصمة مکلّفون بالرجوع إلی شخص آخر لیقضی بینهم بالإضافة إلی موارد الولایة العامّة غیر محرز و إن کان رعایة ما ذکر مطابقا للاحتیاط فی بعض الموارد.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث: ۶: ۱۹۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۳

[النظر الثانی: فی الآداب]

اشارة

النظر الثانی:

فی الآداب

[و هی قسمان: مستحبة و مکروهة]

اشارة

و هی قسمان: مستحبة و مکروهة (۱).

[فالمستحبة]

فالمستحبة: أن یطلب من أهل ولایته من یسأله عمّا یحتاج إلیه فی أمور بلده، و أن یسکن عند وصوله فی وسط البلد لترد الخصوم علیه ورودا متساویا، و أن

---

(۱) الآداب المذکورة فی المقام علی نحوین، منها ما تکون رعایتها علی من یکون منصوبا للقضاء بالنصب الخاص کالأخذ من الحاکم المعزول تسجیلات حجج الناس و ودائعهم، و منها ما یکون رعایتها حتی لمن قضاؤه بالنصب العام کاتّخاذ وسط البلد مسکنا لیسهل لجمیع أهل البلد الوصول إلیه.

ثمّ إنّ من یقضی بین الناس إمّا أن یتخذ القضاء شأنا و شغلا لنفسه و إمّا أن یتفق له القضاء من غیر أن یتخذه شأنا و شغلا، و الأمور المرغوبة إلیها قد تتعلّق بالأوّل کالسکن فی وسط البلد و القضاء فی موضع بارز و قد تعمّ کلیهما کالتسویة بین الخصمین، و ربّما یذکر الأمور المتعلقة بما یعمّهما فی کیفیة الحکم و آداب القضاء، و قد لا یلاحظ ذلک و یذکر ما یعمّهما فی آداب القاضی کما یقال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۴

ینادی بقدومه إن کان البلد واسعا لا ینتشر خبره فیه إلّا بالنداء، و أن یجلس

یستحب أن یطلب حضور بعض أهل العلم قضائه مع أنّ ذلک من آداب القضاء.

و كيف ما كان فقد ذكر الماتن- قدّس سرّه- استحباب أمور للمتصدى للقضاء، بعضها راجعة إلى شؤون القاضى المنصوب بالنصب الخاص من غير أن يدخل فى القضاء كما فى النظر إلى أمر المحبوسين و أولياء القصر و النظر فى اللقط، و بعضها داخلة فى شؤون القضاء كالجلوس مستدبر القبلة أو مستقبلها، و لكن لا يتيسّر إتمام كلّ ما ذكر بالدليل، مع أنّ الحكم الاستحبابى و غير الإلزامى كالالزامى يحتاج إلى مستند معتبر، لما ذكرنا فى بحث الأصول من أنّ قاعدة التسامح فى أدلّة السنن لا أساس لها، فإنّ الروايات الواردة فى الثواب على عمل بلغ فيه الثواب لا تدل على أزيد من إعطاء الثواب البالغ لمن أتى بذلك العمل على طبق البلوغ، فإن كان الخبر البالغ معتبرا يكون الإتيان به بنحو الجزم و إن كان غير معتبر يؤتى به رجاء أو بعنوان الاحتياط، و أنّها لا تعم غير موارد بلوغ الخبر.

نعم يمكن أن يدخل بعض ما ذكر فى المقام فى بعض العناوين المرغوبة إليها شرعا فإنّ اتّخاذ القاضى فى وسط البلد مسكنا و جلوسه للقضاء فى موضع بارز يسهّل للناس الوصول إليه، فيدخل فى عنوان السعى فى حوائج الناس و دفع اضطرارهم فيكون مستحبا بهذا العنوان، كما أنّ حضور بعض أهل العلم مجلس القضاء و شهودهم الحكم فيه نوع تحفظ على الواقع و احتياط فى حقوق الناس و أموالهم، فيكون مستحبا بما دلّ على حسن الاحتياط فى الدين أو حقوق الناس.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۵

للقضاء فى موضع بارز مثل رحبة أو فضاء ليسهل الوصول إليه، و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول (۱) من حجج الناس و ودائعهم لأنّ نظر الأوّل سقط بولايته، و لو حكم فى المسجد، صلّى عند دخوله تحية المسجد، ثمّ يجلس مستدبر القبلة، ليكون وجوه الخصوم إليها، و قيل: يستقبل القبلة لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «خير المجالس ما استقبل به القبلة» و الأوّل أظهر.

ثمّ يسأل عن أهل السجون، و يثبت أسماءهم، و ينادى فى البلد بذلك ليحضر الخصوم، و يجعل لذلك وقتا، فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد، و سأله عن موجب حبسه، و عرض قوله على خصمه، فإن ثبت لحبسه موجب أعاده، و إلّا أشاع حاله، بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

---

(۱) ظاهر كلامه- قدّس سرّه- انّ القاضى المنصوب يبدأ بأخذ ما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم، ثمّ ينظر فى حال المحبوسين و يفتّش عن موجب حبسهم، و ينادى بهم فى البلد طلبا لخصومهم ثم ينظر فى حال أوصياء الأيتام و يلاحظ تصرّفاتهم و موجب وصايتهم و أمر انقراض ولايتهم، ثمّ ينظر فى أمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام و سائر القاصرين من الناس ثمّ ينظر فى الضوال و اللقط الموجودة بيد أمناء الحاكم.

و لكن لم يتضح وجه صحيح لما ذكر من الترتيب فإنّ النظر فيما ذكر حفظا للنظام و الحقوق واجب على الوالى أو القاضى على حسب العهد المرسوم لهما من ولىّ الأمر، فإن تمكن القاضى المنصوب لجميع ذلك من النظر فيها و لو بمعونة أمنائه و وكلائه فى زمان واحد فهو و إلّا يبدأ بالنظر فيما كان النظر إليه أهم، فلو علم أنّ بين المحبوسين مظلوما و دفع الظلم عنه أهم لحفظ النظام يكون تقديمه متعينا، خصوصا فيما كان الأخذ بما بيد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم غير مهمّ عنده لعدم الخوف من تأخيره.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۶

و كذا لو أحضر محبوسا فقال: لا خصم لى، فإنّه ينادى فى البلد فإن لم يظهر له خصم أطلقه، و قيل: يحلّفه مع ذلك.

ثمّ يسأل عن الأوصياء على الأيتام، و يعمل معهم ما يجب من تضمين، أو إنفاذ أو إسقاط ولاية، إمّا لبلوغ اليتيم أو لظهور خيانة، أو ضمّ مشارك إن ظهر من الوصى عجز.

ثمّ ينظر فى أمناء الحاكم، الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم، و لأموال الناس من وديعة أو مال محجور عليه، فيعزل الخائن و يسعد الضعيف بمشارك، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه.

ثمّ ينظر فى الضوال و اللقط، فيبيع ما يخشى تلفه، و ما تستوعب نفقته ثمنه، و يسلّم ما عرفه الملتقط حولا إن كان شيء من ذلك فى يد أمناء الحاكم، و يستبقى ما عدا ذلك مثل الجواهر و الأثمان، محفوظا على أربابها، لتدفع إليهم عند الحضور، على الوجه المحرّر أولا.

و يحضر من أهل العلم من يشهد حكمه (۱) فإن أخطأ نبّهوه لأنّ المصيب

---

(۱) قد تقدم أنّ حضور بعض أهل العلم و الفضل مجلس القضاء و الحكم نوع احتياط فى أعراض الناس و أموالهم و حقوقهم، و ما ذكر- قدّس سرّه- من أنّ القاضى لو أخطأ فأتلف لم يضمن، و كان التلف على بيت المال، يستدل عليه تارة بكون القاضى محسنا، و مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ «۱» و انّ الضمان سبيل، و أخرى بما عن الفقيه بسنده إلى الأصبغ بن نباتة «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام-:

أنّ ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» «۲»، و رواه الكلينى- قدّس سرّه- بسند موثق عن أبى مريم عن أبى جعفر- عليه السلام.

---

(۱) التوبة: ۹۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۷

عندنا واحد و يخاوضهم فيما يستبهم من المسائل النظرية لتقع الفتوى مقرّرة، و لو أخطأ فأتلف لم يضمن و كان على بيت المال. و إذا تعدّى أحد الغريمين سنن الشرع عرّفه خطأه (۱) بالرفق، فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب لزوم النّمط.

أقول: أمّا قضية كون القاضى محسنا فلا يمكن الاستدلال بها فى المقام، فإنّ القاضى كان قاصدا للإحسان لا أنّه محسن فعلا، و ثانيا: نفى السبيل على المحسن لو اقتضى نفى الضمان فالمنفى ضمان التلف لا ضمان الإتلاف، كما هو الفرض فى كلام الماتن- قدّس سرّه-، فإنّ الإتلاف و لو بنحو التسبيب يوجب ضمان المتلف كان قاصدا للإحسان أم لا- بل عدم ضمان التلف فى موارد الأمانة المالكية أو الشرعية مستفاد من الروايات الظاهرة فى عدم ضمان الأمين الموافقة للسيرة العقلائية.

و على ذلك فمقتضى القاعدة لو كان المال المعطى للآخر بقضائه الخاطئ موجودا استردّه، و إن كان تالفا يكون الضمان أو استقراره على من تلف بيده إذا لم يكن الإعطاء له مجانا و إلّا يكون استقرار ضمانه على القاضى، حيث إنّه أتلف المال بالتسبيب و لكن فيما كان الضمان على القاضى يتدارك من بيت المال لأنّ ثبوت الضمان على القاضى لا بهذا النحو يوجب الكفّ عن القضاء، مضافا إلى إمكان استفادته من الموثقة الدالة على ضمان دية القطع و الدم مع خطإ القاضى على بيت المال، فإنّه لا يحتمل الفرق بين الدية و المال فى الفرض.

(۱) لو تعدى أحد الخصمين أو الغرماء سنن الشرع عرّفه الحاكم خطئه برفق فإن عاد زجره فإن عاد أدّبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب النمط.

أقول: لو كان التعدى بارتكاب ما لا يجوز شرعا بأن ينسب إلى الشاهد الكذب عمدا أو إلى القاضى الجور و الميل عن الحق، أو كان فعله اهانة و إيذاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۸

....

لخصمه أو الشاهد أو القاضی و غير ذلك، فإن كان ذلك لجهله بعدم جواز ذلك شرعا أو احتمل الجهل فی حقّه عرّفه الحاكم خطائه، لأنّ ذلك يدخل فی تعليم الجاهل، فإن عاد إليه بعد التعريف زجره حيث يدخل الزجر فی عنوان النهی عن المنكر، و لو عاد أدّبه فإنّ التأديب يدخل فی عنوان المنع عن المنكر و النهی عنه عملا أو يكون من التعزير على ما ارتكبه من الحرام. و لكن ذكرنا فی بحث الأمر بالمعروف أنّ النهی عملا و ان يعدّ من مراتب الأمر بالمعروف إلّا أنّه لا يدخل فی الواجب الكفائی.

نعم ربّما يدخل الفعل فی عنوان المنع عن المنكر، إلّا أنّه لا دليل على وجوبه و لو بنحو الواجب الكفائی، بل لا دليل أيضا على مشروعيته إلّا بالإضافة إلى الأهل، كما هو مقتضى إطلاق قوله سبحانه قُوا أَنْفُسَكُمْ وَ أَهْلِيكُمْ نٰاراً «۱»، و فی صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- قال: «جاء رجل إلى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فقال: إنّ أمی لا تدفع يد لامس، قال: فاحبسها، قال: قد فعلت، قال: فامنع من يدخل عليها، قال: قد فعلت، قال: قيّدها فإنّك لا تبرّها بشیء أفضل من أن تمنعها عن محارم اللّه عزّ و جلّ»، و ما ورد فی تفسير الآية لا يدلّ على انحصار مدلولها بالأمر بالمعروف و النهی عن المنكر.

نعم تأديب من يرتكب محرما ليرفع يده عنه مشروع للحاكم و الوالی و لو فيما لم ينطبق عليه غير عنوان التعزير فضلا عمّا إذا انطبق عليه عنوان المنع عن إيذاء الغير أيضا أو غيره من الحرام، و فی موثقة سماعة عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- قال:

«إنّ رجلا لقی رجلا على عهد أمير المؤمنين- عليه السلام- و قال: إنّ هذا افترى علیّ، قال: و ما قال لك؟ قال: إنّه احتلم بأمّ الآخر، قال: انّ فی العدل إن شئت

---

(۱) التحريم: ۶۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۹

[و الآداب المكروهة]

و الآداب المكروهة:

أن يتخذ حاجبا وقت القضاء (۱)، و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء، دائما و لا يكره لو اتفق نادرا، و قيل: لا يكره مطلقا التفاتا إلى ما عرف من قضاء علی- عليه

جلدت ظلّه فإنّ الحلم إنّما هو مثل الظل و لكن سنوجعه ضربا وجيعا حتى لا يؤذی المسلمين، فضربه ضربا وجيعا» «۱».

و مما ذكر يظهر أنّه يجوز للحاكم هذا التأديب بالعود بعد تعريف الخطأ، لأنّ غاية ما يستفاد ممّا ورد فی عدم ثبوت الحدّ و التعزير فی حق الجاهل بالحكم عدم مشروعية التأديب بالضرب أو بغيره قبل تعريف الخطأ، لا فی العود بعد عرفان الحكم.

(۱) قد ذكر فی الكلمات أنّه يكره للقاضی أمور:

منها: اتخاذه حاجبا عند الحاجة إلى القضاء للنبوی المروی فی كلمات العامّة: «من ولی شيئا من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب اللّه تعالى دون حاجته و فاقته و فقره» «۲»، و لسان الخبر و ان يناسب الكراهة، إلّا أنّ الاعتماد عليه فی الحكم بها لضعف سنده مشكل.

و الأظهر انه لو كان الحجب بحيث يترك الناس و خصوماتهم من غير فصل فهذا غير جائز، لما تقدم من وجوب تولّی القضاء حفظا للنظام و إنهاء الخصومات باستيفاء حقوق بعضهم من بعض، و ان لم يكن الحجب موجبا

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب حد القذف، الحديث ۱: ۴۵۸.

(۲) السنن البيهقى ۱۰: ۱۱۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۰

السلام- بجامع الكوفة، و أن يقضى و هو غضبان، و كذا يكره مع كلّ وصف يساوى الغضب فى شغل النفس كالجوع و العطش و الغمّ و الفرح و الوجع و مدافعة الأخبثين و غلبة النعاس، و لو قضى و الحال هذا نفذ إذا وقع حقا.

لذلك بأن كان مجرّد التأخير فى القضاء فيكون هذا من ترك المستحب و هو السعى فى قضاء حوائج الناس كما فى صورة عدم اتّخاذ الحاجب و القضاء فورا.

و منها: اتّخاذ المسجد مكانا للقضاء أو القضاء فيه من غير اتّخاذه مكانا، كما هو ظاهر المحكى عن الصدوق- قدّس سرّه-، و بعضهم كالمصنف- قدّس سرّه- فصّل بين جعله مجلسا للقضاء دائما فيكره، و بين القضاء فيه بعض الأحيان فلا يكره، و بعضهم أنكر الكراهة لما هو المعروف من قضاء علىّ- عليه السلام- فى جامع الكوفة، فإنّ أمر دكّة القضاء إلى يومنا هذا معروف.

و استدل على الكراهة بما ورد فى النهى عن بعض الأمور فى المسجد، معلّلا بأنّ المسجد بنى لغير ذلك أو انّه بنى للقرآن، و فى معتبرة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليه السلام- قال: «نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عن سلّ السيف فى المسجد و عن برئ النبل فى المسجد و قال: إنّما بنى لغير ذلك» «۱»، و بمرسلة على بن أسباط عن بعض رجاله قال: «قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: جنبوا مساجدكم البيع و الشراء و المجانين و الصبيان و الأحكام و الضالة و الحدود و رفع الصوت» «۲».

و لكن لا يخفى انّه يمكن دعوى أنّ القضاء من قبيل تعليم الحكم فيكون داخلا فيما بنى له المسجد، و المرسلة لضعف سندها لا تصلح للاعتماد عليها،

---

(۱) الوسائل: ج ۳، الباب ۱۷ من أبواب أحكام المساجد، الحديث ۱: ۴۹۵.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۷، من أبواب المساجد، الحديث ۱: ۵۰۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۱

و أن يتولى البيع و الشراء بنفسه (۱).

خصوصا بملاحظة معروفية أمر دكة القضاء بجامع الكوفة. و القول بأنّ قضائه فى المسجد غير محرز لاحتمال خروج دكّة القضاء من المسجد أو كان القضاء فيها بعض الأحيان اتّفاقا لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ كون دكة القضاء من المسجد كمعروفية سائر الأجزاء و المقامات فيه و لو كان قضاؤه فيها نادرا لاشتهر مكان آخر أيضا بكونه مجلس القضاء.

و منها: القضاء حال الغضب و لعلّ المراد بالغضب ما يخرج به النفس عن الاعتدال و اشتغالها بأمر آخر لا يناسب الدقة فى القضاء و ملاحظة موازينه، و يؤيد ذلك إلحاق كل أمر يشتغل به النفس، و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه قال:

«قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان» «۱»، و فى خبر سلمة بن كهيل: «و لا تقعد فى مجلس القضاء حتى تطعم» «۲»، و كيف ما كان فلو قضى و الحال هذه نفذ إذا كان على الموازين أخذا بما دلّ على نفوذ القضاء و قصور ما دلّ على المنع عن الظهور فى عدم النفوذ بل الحرمة، فلاحظ.

(۱) ذكر فى الجواهر فى ذيل هذا الكلام ما حاصله: انّه يكره للقاضى تولّى البيع و الشراء لنفسه فى مجلس الحكم و غيره، سواء أ كانت معاملته مع من يعلم انّه يحاسبه أم غيره، و لعلّ النسخة الصحيحة: مع من يعلم انّ يحابيه أو غيره أى معاملته مع من يوقع البيع المحاباة و غيره لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم- على ما رواه بعض العامة-:

«ما عدل وال اتّجر فی رعیته أبدا» «۳»، بل فی آخر: «لعن إمام یتّجر فی رعیّته» «۴».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱: ۱۵۶.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب آداب القاضی، الحدیث ۱: ۱۵۵.

(۳) الجامع الصغیر للسیوطی ۲: ۱۴۶، المغنی لابن قدامة ۱۱: ۴۳۹.

(۴) الجامع الصغیر للسیوطی ۲: ۱۴۶، المغنی لابن قدامة ۱۱: ۴۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۲

....

و لأنّ فی حال تولی القضاء یکون البیع أو الشراء موجبا لتشویش خاطره خصوصا إذا کان ذلک فی مجلس الحکم فإنّه المانع من التوجه بتمام قلبه إلی الخصومة المرفوعة إلیه، و لاحتمال أن یقع البیع أو الشراء منه علی وجه المحاباة بأن یبیع الآخر المال منه بأقل من قیمته السوقیة أو یشتری منه بأکثر منها بحیث یوجب ذلک جلب محبة القاضی و میله إلیه، و قد یحصل الخوف لخصم من یعامل القاضی من میل القاضی إلی ذلک المعامل فیمتنع عن المرافعة إلیه فیکون القاضی موضع التهمة إلی غیر ذلک.

و قد عمّم- قدّس سرّه- الحکم فالحق سائر المعاملات بالبیع و الشراء و قال:

بل یکره للقاضی النظر فی نفقة عیاله و ضیعته و غیر ذلک ممّا یشغل قلبه فالأولی للقاضی أن یوکّل من لا یعرفه الغیر أنّه وکیله للبیع و الشراء، ثمّ نقل ما روی عن بعض کتب العامة أنّ علیا- علیه السلام- امتنع عن شراء القمیص ممن عرفه إلی ان انتهی إلی من لا یعرفه فاشتری منه «۱».

أقول: لیس فیما ذکر وجه یصحّ الاعتماد فی الحکم بکراهة تولی القاضی البیع و الشراء لنفسه، و إنّما الممنوع میل القاضی إلی أحد الخصمین للحکم له، کما تشهد لذلک صحیحة أبی حمزة الثمالی، نعم معاملة القاضی ممن یبیعه أو یشتری منه محاباة لجلب رضاه لیحکم له عند المخاصمة إلیه داخل فی الرشوة، فیما إذا علم القاضی أنّ بیعه أو الشراء منه کذلک، فلا تجوز له تلک المعاملة لأنّها من الرشوة فی الحکم، کما ذکرنا ذلک فی المکاسب المحرّمة، و أمّا تولی البیع و الشراء فی مجلس الحکم بحیث یوجب تشویش البال فقد تقدم کراهة الحکم حال اشتغال القلب، و هذا داخل فیه سواء أ باع أو اشتری لنفسه أم للغیر.

---

(۱) السنن للبیهقی ۱۰: ۱۰۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۳

و کذا الحکومة (۱) و أن یستعمل الانقباض المانع عن اللحن بالحجّة (۲).

---

(۱) أی و کذا یکره تولیه الحکومة لنفسه بأن یقف مع خصمه عند قاض آخر، بل الأولی أن یوکّل من یرافع مع خصمه عند قاض آخر، و فی نهج البلاغة «إنّ للخصومة قحما»، قال ابن أبی الحدید فی ذیل هذا الکلام: قالها أمیر المؤمنین حین وکّل عبد اللّه بن جعفر فی الخصومة عنه، و روی انّه- علیه السلام- وکّل عقیلا فی خصومته و قال: انّ للخصومة قحما «۱».

أقول: لو تمّ ذلک لم یکن هذا من آداب القاضی، بل یکره لکل خصم تولی الخصومة بنفسه و انّ الأولی التوکیل فی المخاصمة إلی القاضی، و قد ورد فی بعض الروایات المرویة بطرقنا أنّ أمیر المؤمنین «۲»- علیه السلام- بل قبله النبی «۳» صلّی اللّه علیه و آله و سلّم تولیا الخصومة بنفسهما، و یقال إنّ ذلک لا ینافی الکراهة و إنّما کان ذلک لبیان بعض الأحکام الشرعیة التی أخطأ فیها من نصب

قاضيا للناس، كما فى قضية درع طلحة أو لغير ذلك من المصالح.

(۲) ذكروا أنّ إظهار القاضى الانقباض فى وجه الخصوم المانع عن لحنهم بالحجّة و التفطن بها و تحريرها على وجه الكمال مكروه.

أقول: ينبغى أن يراد من الانقباض ما لم يكن بحيث كان فيه مهانة المؤمنين و التجبّر عليهم، فإنّ هذا أمر فى نفسه غير جائز، سواء أ كان من القاضى أم غيره.

و إذا لم يكن كذلك فيمكن أن يقال أنّه لا يجوز للقاضى فعل ما يوجب دهشة

---

(۱) شرح النهج لابن أبى الحديد ۱۹: ۲۶۰.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۰۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۴

و كذا يكره اللين الذى لا يؤمن معه جرأة الخصوم، و يكره أن يرتّب للشهادة قوما (۱) دون غيرهم، و قيل: يحرم لاستواء العدول فى موجب القبول و لأنّ فى ذلك مشقة على الناس بما يلحق من كلفة الاقتصار.

المترافعين إليه بحيث يغفلان أو يغفل أحدهما عن ذكر ما هو دخيل فى الإفصاح عن مورد منازعتهما، فإنّ هذا ينافى مشروعية القضاء و إيصال الحق لأهله و فى غير ذلك فلا موجب للكراهة أيضا.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى اللين الخارج عن المتعارف و الموجب لجرأة المتخاصمين على ما فيه نوع مهانة للقاضى أو لقضائه.

(۱) لا يخفى أنّ ترتيب قوم للشهادة إن كان بحيث لا تقبل الشهادة من غيرهم حتى مع التمكن من إحراز عدالتهم، فهذا إبطال لحقوق الناس و تضييع لها و قد جعل القضاء لرعاية حقوق الناس و استيفائها، و إن كان المراد أنّه يطلب من الناس أن يجعلوا لمعاملاتهم و حقوقهم شهودا منهم دون غيرهم فالاستجابة لذلك لا لزوم لها على الناس، و لكن لا كراهة فيه فيما إذا لم يكن فى تعيينهم لجعل غيرهم من العدول موضع التهمة، بل كان التعيين لتسهيل أمر القضاء و عدم تأخيره إلى تعديل الشهود، و قيل: إنّ أوّل من رتب للشهادة قوما بعض القضاة من العامّة.

و كيف ما كان فليس مراد الشيخ- قدّس سرّه- من منعه الصورة التى ذكرنا عدم الكراهة فيها أيضا، فلاحظ كلامه المنقول عنه فى مبسوطه تجده موافقا لما ذكرنا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۵

[و هنا مسائل]

اشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقا و غيره من القضاة يقضى بعلمه]

الأولى: الإمام يقضى بعلمه مطلقا (۱) و غيره من القضاة يقضى بعلمه فى

---

(۱) وجوب اتباع حكم الإمام- عليه السلام- على الرعية و نفوذه بعد كون طاعته سلام اللّه عليه كطاعة النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من أصول مذهبنا و لم يخالف فيه أحد منّا، و أمّا جواز قضائه بعلمه فهو أيضا ممّا لا ينبغى التأمّل فيه، فإنّ القضاء المزبور داخل فى القضاء بالحق و الحكم بالعدل فيدخل فى قوله سبحانه وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ، و لقول علىّ- عليه السلام- لشريح فى قضية درع طلحة: «ويحك- أو: ويلك- انّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» «۱»، و لقتله- عليه السلام- خصم النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قضاء بعلمه «۲».

بل يظهر من بعض الروايات المعتبرة أنّ حكم النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بعلمه كان مفروغا عنه بين الناس كصحيحة محمّد بن قيس و فى خبر حسين بن خالد أو صحيحة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «سمعته يقول: الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنى أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحدّ و لا يحتاج إلى بيّنة مع نظره لأنّه أمين اللّه فى خلقه» «۳»، و فى ذيله دلالة على أنّ ذلك بالإضافة إلى حقوق اللّه، و أمّا حقوق الناس فاستيفاء الحق فيها يكون بمطالبة صاحبه.

و كيف كان فلا موجب لتطويل الكلام فى المقام، و ما نقل السيد- قدّس سرّه- عن أبى على ابن الجنيد من الخلاف لا يعتنى به، فإنّ خلافه مبنى على

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۰۰.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۳۲ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۳: ۳۴۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۶

حقوق الناس و فى حقوق اللّه سبحانه على قولين أصحّهما القضاء (۱)، و يجوز أن يحكم فى ذلك كلّه من غير حضور شاهد يشهد الحكم.

اجتهاده المخدوش، و هو انّ اللّه سبحانه قد أوجب للمؤمنين حقوقا لم تثبت بينهم و بين الكفار و المرتدين كالمناكح و المواريث و الذبائح و غير ذلك و وجدنا اللّه تعالى قد أطلع نبيّه على من يبطن الكفر و يظهر الإسلام فكان يعلمه و لم يبيّن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أحوال هؤلاء الأشخاص لسائر المؤمنين ليمتنعوا عن مناكحتهم و إرثهم و ذبائحهم إلى غير ذلك.

و وجه الخدشة أنّ الكفر باطنا لا يمنع عن الحكم بالإسلام، فإنّ الموضوع لترتيب الحقوق المزبورة هو الاعتراف بالشهادتين من غير إظهار الخلاف بتكذيب نفسه فى اعترافه.

(۱) صريح كلام السيد- قدّس سرّه- جواز الحكم من الحاكم بعلمه فى حقوق الناس عند الإمامية و لو من غير الإمام- عليه السلام-، حيث ذكر فى الجواب عن الإشكال بأنّه كيف تدعون الإجماع على جواز الحكم مع أنّ أبا على ابن الجنيد يصرح بالخلاف، بأنّ خلاف ابن الجنيد لاجتهاد مخدوش و انّه لا يخفى اتّفاق الإمامية على الإنكار على أبى بكر، حيث طلب البيّنة من الزهراء- سلام اللّه عليها- على دعواها بأنّ فدك نحلة أبيها مع علمه بصدقها لعصمتها- سلام اللّه عليها.

و المتحصل جواز قضاء غير النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و غير الإمام- عليه السلام- بعلمه فى حقوق الناس أيضا من القطعيات فى كلمات جملة من الأصحاب، و قد نقل الإجماع عليه و على جوازه فى حقوق اللّه فى الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر.

و على كلّ حال يقع الكلام فى المقام فى جواز الحكم من القاضى بعلمه تكليفا، و فى نفوذ ذلك الحكم على المتخاصمين و غيرهما وضعا، و أنّه يجوز

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۷

....

للقاضى اجراء حدود اللّه على مرتكبى موجباتها فيما إذا كان ثبوتها بعلمه، و الكلام فى الأولين فيما إذا كانت المخاصمة فى الموضوعات، و أمّا فيما إذا كان من الشبهات الحكمية فلا كلام فى جواز الحكم و نفوذه على ما تقدم سابقا.

فنقول: الحكم بعلمه فى حقوق الناس داخل فى الحكم بالعدل و القضاء بالقسط فيجوز بل ينفذ لإطلاق قوله- عليه السلام-: جعلته حاكما أو قاضيا، بعد عدم الدليل على تقييد ذلك بكون الحكم بغير علم و كذا الحال فيما إذا كان حكمه فى حدود اللّه أخذا بقوله سبحانه الزّانِيَةُ وَ الزّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَةَ جَلْدَةٍ «۱» و غيره بعد كون الخطاب للحكّام على ما يأتى.

و ما يقال فى المقام فى وجه المنع إمّا راجع إلى عدم جواز الحكم من القاضى بعلمه كما قيل بأنّ الحكم بعلمه يجعل القاضى موضع التهمة، و إمّا راجع إلى الحكم الوضعى بدعوى أنّ الطريق المألوف فى القضاء فى حقوق الناس و غيرها غير علمه، كما يستفاد ذلك من صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: إنّما أقضى بينكم بالبيّنات و الأيمان» «۲»، و ما ورد فى الرجل الذى رأى الفجور بزوجته «۳».

و لكن شيئا من ذلك لا يصلح مانعا، فإنّ قضيته جعل الحاكم موضع التهمة، فلا مورد لها فيما إذا عرف القاضى بالديانة و تعصّبه فى دين اللّه، بل مطلقا بعد عرفان عدالته، و إلّا لكان تعديله الشاهد بعلمه أو تجريحه غير جائز للتهمة الموهومة، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف و المناقشة فى مسألة جرحه و تعديله بل

(۱) النور: ۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴۵ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۴۱۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۸

....

لا بدّ من انتهائهما بعلمه كما لا يخفى.

و أمّا قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم»، فقد تقدم جواز قضاء النبى بعلمه و وقوعه، و قضايا مولانا أمير المؤمنين- عليه السلام- مشهورة معروفة عند العوام فضلا عن الخواص، فيكون الحصر فى الصحيحة غالبيا، و الصحيحة ناظرة إلى عدم تغير الواقع بحكمه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم على طبق البينات و الأيمان كما يشهد بذلك ذيلها، و قد يكون القضاء باعتراف الخصم و إقراره، مع أنّ الحكم به لا يكون داخلا فى شيء من البينة و الأيمان.

أضف إلى ذلك احتمال كون البينة فى الصحيحة بمعناها اللغوى، فتعمّ علم القاضى كما يفصح عن ذلك غير واحد من الآيات كقوله سبحانه قُلْ إِنِّي عَلى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي «۱» و قوله فَقَدْ جاءَكُمْ بَيِّنَةٌ مِنْ رَبِّكُمْ «۲» و أ رَأَيْتُمْ إِنْ كُنْتُ عَلى بَيِّنَةٍ مِنْ رَبِّي* «۳» إلى غير ذلك مما استعمل فيه البينة بمعنى موضح الواقع و الأمر و الحق.

لا يقال: لا يحتمل كون البينة فى الصحيحة بالمعنى اللغوى، و إلّا لم يصح إفراد الأيمان عن البينات حيث إنّ الأيمان أيضا من موضح الحق و الواقع.

فإنّه يقال: عطف الأيمان على البينات لا ينافى كونها بمعنى موضحات الأمر حيث إنّ البيّنة ظاهرها موضح الأمر، و الواقع مع قطع النظر عن مقام القضاء و لا يكون الأيمان كذلك فإنّها موضحات بلحاظ مقام القضاء فى حقوق الناس،

(۱) الأنعام: ۵۷.

(۲) الأنعام: ۱۵۷.

(۳) هود: ۲۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۷۹

....

و ما ورد فيمن رأى الفجور بزوجته ناظر إلى عدم جواز اجراء الحدّ لغير الحاكم، و أنّه لا بدّ من ثبوت الفجور عنده، نعم يمكن أن يستفاد منه أنّه لا بأس بالرجل أن يقتل من فجر بامرأته بعد ثبوته عند الحاكم.

و على الجملة فليس فى البين ما يمنع عن القضاء بالعلم بأن يكون له طريق مألوف لا يدخل فيه علم القاضى بل اعتبار البيّنة فى حق القاضى العالم بالحق و الواقع غير ممكن.

و ما يقال بأنّه: لا يجوز الحكم فى حقوق اللّه بالعلم لأنّ حقوق اللّه مبتنية على المسامحة، و يدل عليها ما روى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى قضية الملاعنة: «و لو كنت راجما بغير بينة لرجمتها» «۱»، و لذا حكى عن بعض اختصاص الجواز بحقوق الناس، لا يمكن المساعدة عليه فإنّه لم يثبت فى حقوق اللّه إلّا أنّ للقاضى المنع من ثبوت موجب الحدّ باعتراف المرتكب، لا أنّ علم القاضى لا يكون طريقا لثبوته.

و ربّما يستدل على جواز القضاء بالعلم بأنّه إذا طلق الرجل امرأته عند القاضى ثلاث مرات بحيث لا يجوز له الرجوع إليها إلّا بعد النكاح من المحلّل، ثم جحد الرجل الطلاق و لم تتمكن زوجته من اقامة الشهادة على طلاقها كذلك فإنّه يتوجه اليمين إلى الزوج، فإنّ حكم الحاكم المزبور بكون المرأة زوجته فهذا حكم بالباطل و الزور، و إن لم يحكم بشىء لزم ترك القضاء، و قد تقدم وجوبه عينا أو كفاية، فيتعين القضاء بعلمه و إن ترك القضاء بالعلم مستلزم لعدم إنكار المنكر و عدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه. و إذا لم يجز ذلك يتعين الحكم بعلمه.

أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأنّه لو ثبت انحصار طريق القضاء

(۱) سنن البيهقى ۷: ۴۰۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۰

....

بالبينة و الحلف و الإقرار يمكن للقاضى العالم بحقيقة الحال أحد أمرين:

الأوّل: ان يحوّل الواقعة إلى قاض آخر، و يحضر عنده ليشهد بما علمه من أمر الطلاق أو غيره، إذا كان معه شاهد آخر.

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يك جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۸۰

الثانى: أن يأمر الزوج باعترافه بالطلاق و التوبة و الرجوع عن إنكاره، و يعزّره على كذبه و إنكاره، حتى يعترف بالحال، و نذكر ان

شاء اللّه تعالى انّ ما يذكر من أنّ الإقرار بالإكراه لا يكون نافذا لا يشمل الفرض ممّا يعلم القاضى انّ إقراره و لو بإكراهه مطابق للواقع. و قد يقال فى وجه عدم جواز القضاء بالعلم: بأنّ العلم إنّما يكون طريقا بالذات إلى متعلّقه بالإضافة إلى العالم، فيكون علم القاضى طريقا إلى الواقع بالإضافة إلى نفسه، و جواز القضاء ليس من أثر الواقع، بل أثر إحرازه كما يفصح عن ذلك قوله- عليه السلام- فى تقسيم القضاة: «رجل قضى بالحق و هو يعلم» «۱»، و قوله- عليه السلام-: «من أفتى الناس بغير علم لعنته ملائكة السماء» «۲» لعدم احتمال الفرق بين الإفتاء و القضاء من هذه الجهة، و إذا كان إحراز الواقع موضوعا لجواز القضاء فيمكن أن يختص الموضوع بما إذا كان الإحراز بالبينة أو الحلف، كما هو مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان»، و لا يمكن التعدى إلى العلم بالقضاء بعلمه الوجدانى، فضلا عن دعوى الأولوية لاحتمال الخصوصية فى البيّنة لكونها طريقا إلى الواقع مطلقا لا بالإضافة إلى شخص دون شخص، بخلاف العلم، فإنّه طريق بالإضافة إلى العالم فقط أضف إلى ذلك ما تقدم من أنّ القضاء بعلمه يجعله موضع التهمة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۶: ۱۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب صفات القاضى، الحديث ۱: ۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۱

....

أقول: كون الموضوع لجواز القضاء و الإفتاء إحراز الواقع لا نفس ثبوت الشىء واقعا صحيح، لكن هذا لا يمنع عن حكمه بعلمه فكما انّ علمه طريق إلى الواقع بالإضافة كذلك البينة فى موارد قضائه بها و إلّا ربّما يكون كل من المتخاصمين جازما بما يدعى أو ينكر فلا يكون اعتبار بالبينة بالإضافة إليهما، و أمّا دلالة الحصر فقد تقدم أنّه إضافى و قد ذكر للدلالة على تغيّر الواقع بالقضاء بها أو بالحلف كما تقدم الجواب عن كون القضاء بالعلم يجعل القاضى موضع التهمة، كما فى موارد قضائه فى اختلاف المترافعين فى واقعة لاختلافهما فى الحكم الشرعى لكلى تلك الواقعة فتدبر.

و بتعبير آخر كما أنّ حكم القاضى فى موارد اختلاف المتخاصمين فى حكم كلى الواقعة لا يكون بالبينة و اليمين كذلك فى مورد اختلافهما فى الموضوع مع علم القاضى بواقع الأمر، حيث إنّ القاضى فى موارد عدم علمه بواقع الأمر عند اختلافهما فى الموضوع يتمسّك بالحجّة المعتبرة فى حق الشاك، و يجعل من يكون قوله موافقا لتلك الحجّة المعتبرة المدعى عليه و من يكون قوله مخالفا لها المدعى فيطلب من الثانى البينة و مع عدمها تصل النوبة إلى طلب الحلف من المدّعى عليه، و مع علم القاضى بالواقع لا تكون لتلك الحجّة موضوعا، بل يكون قضاؤه فى الواقعة بإحرازه الصغرى و الكبرى كما فى موارد الخصومة للاختلاف فى حكم كلّيها فيعمه قضائه فيها ما دلّ على مشروعية القضاء بالسنّة العادلة كما لا يخفى.

ثمّ إنّه قد ذكر فى المسالك انّه بناء على عدم جواز قضاء القاضى بعلمه يستثنى موارد: منها تزكية الشهود و جرحهم لئلا يلزم الدور أو التسلسل، و منها الإقرار فى مجلس القضاء و ان لم يسمع ذلك الإقرار غير القاضى، بل قد يقال باستثناء إقرار الخصم مطلقا و لو لم يكن فى مجلس القضاء، و منها العلم بخطإ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۲

[الثانية: إذا أقام المدعى بينة و لم يعرف الحاكم عدالتهما]

الثانية: إذا أقام المدعى بينة و لم يعرف الحاكم عدالتهما فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدّلهما، قال الشيخ- ره-: يجوز حبسه (۱)

لقيام البينة بما ادعاه، و فيه

الشهود و كذبهم، و منها أن يشهد مع الحاكم آخر فإنّه لا يقصر الحاكم عن شاهد، و منها تعزير من أساء أدبه فى مجلسه، و إن لم يعلم به غيره.

أقول: أمّا قضية التعديل و الجرح فقد تقدم الكلام فيه، و انّ القاضى يعمل فيهما على طبق علمه لا محالة، و تقدم أيضا أنّ علمه بإقرار الخصم سواء أ كان فى مجلس القضاء أم غيره موجب للحكم، و يظهر ذلك من بعض الروايات، خصوصا الواردة فى ثبوت بعض موجبات الحدود، و كذلك الحال فى علمه بخطإ الشهود أو كذبهم.

و أمّا أنّ الحاكم يحسب شاهدا و انّه إذا شهد معه آخر يجوز الحكم فلا يمكن المساعدة عليه فيما إذا كان المراد ان يقضى بشهادته مع آخر، لأنّ ظاهر الأدلة كون الشاهدين غير القاضى، و خروج القاضى عن الشاهدين كخروج المدّعى و المدّعى عليه عنهما.

(۱) إذا أقام المدّعى بدين له على غيره شاهدين و لم يعرف الحاكم عدالتهما، و احتاج المدّعى إلى إثبات عدالتهما، فالتمس من الحاكم حبس المدّعى عليه حتى تثبت عدالتهما، قال الشيخ- قدّس سرّه-: يجوز للحاكم الإجابة بحبس المدعى عليه لقيام البيّنة بدعواه، و استشكل الماتن- قدّس سرّه- بأنّه لم يثبت بشهادتهما الدين ليحبس المديون لأدائه أو ثبوت إعساره.

و بتعبير آخر إنّما يجوز حبس المديون بالدين الحال عليه ليؤديه أو يحرز عسرة كما يدل على ذلك مثل موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليا- عليه السلام- كان يحبس فى الدين فإذا تبيّن له حاجة و إفلاس خلّى سبيله حتى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۳

اشكال من حيث لم يثبت بتلك البينة حق يوجب العقوبة.

يستفيد مالا» «۱»، و إذا لم يثبت الدين فلا موجب لجواز حبسه بعد كون الأصل براءة ذمة المدعى عليه.

و وجّه فى الجواهر كلام الشيخ بأنّه يرى ثبوت الدين بالبيّنة التى لم يعرف فسقها، و إن جاز للحاكم طلب المدّعى بتزكية الشاهدين لاسترابته أو التماس الغريم أو للاستظهار أو نحو ذلك، ثمّ قال: إنّ المعتبر فى الشاهد العدالة، و لا يكفى مجرّد عدم ظهور الفسق، و انّه ما لم يثبت الدين فلا يجوز حبس المدعى عليه و لا مطالبة الكفيل.

و فيه: إن توجيه كلام الشيخ بما ذكر لا يرجع إلى محصّل. فإنّه لو كان الأصل فى الشاهد العدالة أو أنّ المعتبر فى الشهادة عدم ظهور فسق الشاهد لا يكون للحاكم مطالبة المدعى بتزكية الشاهدين و إثبات حالهما واقعا، فإنّ طلب ذلك منه يكون كطلبه بإثبات نسبهما و غير ذلك من الأمور الراجعة إليهما، ممّا لا يجب على المدّعى الاستجابة لطلبه.

و أمّا ما ذكره- قدّس سرّه- من أنّه ما دام لم يثبت الدين لم يجز مطالبة المدعى عليه بالكفيل، فلا يمكن المساعدة عليه فإنّ مطالبته بالكفيل لا تتوقّف على ثبوت الدين، بل يجوز مطالبة الكفيل من المدعى عليه ليحضر مجلس الحكم لانهاء المخاصمة و فصلها سواء أ كان الحكم فيه بثبوت الحق أم براءة المدعى عليه و قد اعترف- ره- فى باب الكفالة بمشروعيتها فى الحقوق و منها حق الدعوى، و لعلّ مراده فى المقام عدم جواز مطالبة الكفيل بالدين لا بحق الدعوى.

---

(۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۱: ۱۴۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۴

[الثالثة: لو قضى الحاكم على غريم بضمان مال و أمر بحبسه]

الثالثة: لو قضـى الحاكم على غريم بضـمان مال و أمر بحبسه، فعند حضور الحاكم الثانى ينظر (۱) فإن كان الحكم موافقا للحق الزم و إلّا أبطله، سواء كان مستند الحكم قطعيا أو اجتهاديا، و كذا كل حكم قضى به الأوّل و بان للثانى فيه

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- فى المسألة أمورا ثلاثة:

الأوّل: إنّ الحاكم الأوّل إذا حكم على أحـد بضـمان مال و حبسه لاستيفاء المال يجب على الحاكم الثانى النظر فى أمر المحبوس، فإن كان الحكم الأوّل حقّا ألزم عليه المال، و إن لم يكن حقّا أبطل الحكم الأوّل و خلّى سبيل المحبوس سواء أ كان مستند حكم الحاكم الثانى قطعيا أم اجتهادا.

الثانى: إنّه إذا حكم الحاكم الأوّل بحكم و فصل الخصومـة فى واقعـة لا يجب على الثانى النظر فيها، و لكن لو نظر و بان له خطأ الأوّل فى حكمه أبطله.

الثالث: إنّه لو حكم هو بنفسه فى واقعة بحكم ثم بان له خطائه فى حكمه نقضه و يستأنف الحكم فيها بما يراه حقّا.

و قـد ذكر فى الجواهر فى ذيـل الأمر الأوّل انّه و ان جزم بوجوب النظر فى المسالك بل يظهر من عباراتهم عنـد تعرضـهم لكون النظر فى المحبوسـين من آداب القاضـى تسـالمهم عليه، إلّا أنّه مع ذلـك يشـكل وجوب النظر لنفوذ القضاء الأوّل و يعمّه ما دلّ على عـدم جواز ردّه و يحمل على الصحيح، فيكون حبس الحاكم الثانى و استيفاء المال منه نظير التصرّف فى المال الذى أخذه الشخص المزبور بحكم الحاكم الأوّل فى أنّه لا يجب النظر فى أمر ذلك المال و التفتيش عن صحّة الحكم الأوّل، بل لا يجوز النظر مع امتناع المحكوم له عن المرافعة عنده، لكن الأقوى عدم البأس بتجديد المرافعة مع تراضيهما، و ينفذ الحكم الثانى و لو كان مستنده اجتهادا.

أقول: إذا تحقق الحكم من الحاكم الأوّل على طبق موازين القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۵

الخطأ فإنّه ينقضه، و كذا لو حكم هو ثمّ تبين الخطاء فإنّه يبطل الأوّل و يستأنف الحكم بما علمه حقا.

عنـده يعمّه مـا دلّ على نفوذ الحكم، فيجوز للحـاكم الثانى تنفيـذ ذلك الحكم فيما إذا لم ينفـذه الحاكم الأوّل و يكون تنفيـذه لكونه عملا بالحكم المزبور الـذى يعمّه خطاب النفوذ، بل لا يجوز له إيقافه، فإنّ إيقاف تنفيـذه ردّ للحكم المشـروع، نعم يجوز للثانى النظر فى تلك الواقعـة تكليفا فيما إذا رضـى المحكوم له بالحضور، و لكن لا يكون الحكم من الثانى بخلاف الأوّل مشـروعا و نافـذا إلّا إذا تبيّن للحاكم الثانى خطأ الأوّل بأن ظهر له عدم رعاية الأوّل موازين القضاء، كما إذا كان فى المسألة دليل بحيث لا يقبل الاجتهاد على خلافه و لا- يكون الحكم المزبور إلّا بالتقصير و عـدم رعايـة موازين القضاء، فإنّ فى هـذا الفرض ينقض ذلك الحكم و لا يجوز له تنفيذه لأنّ الحكم المزبور ليس من حكمهم، بل حكم بالجور و الباطل حتى و لو احتمل مطابقته للحكم الواقعى.

نعم إحراز التقصـير فى القضـاء و الغفلـة عن موازين القضـاء لا- يتيسّر غالبا إلّا فيما كان فى البين مثل الدلالـة القطعيـة التى يصل إليها الفـاحص بـالفحص القليـل، أو يكون من الحـاكم الأـوّل الغفلـة الظـاهرة فى ملاحظـة موازين القضـاء، بحيث لا- يحتمل الاجتهاد على خلافها.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يسقط نفوذ القضاء الأوّل و لو بتراضى المتخاصمين إلّا فيما ذكرنا و عدم النفوذ فيه لا يحتاج إلى رضاهما كما لا- يخفى، كمـا ظهر أنّ على الحاكم الثانى تنفيـذ ما حكم به الحاكم الأوّل فى موارد نفوذه، حيث إنّ مقتضـى ما دلّ على نفوذه عـدم الفرق بين المتخاصمين و الحاكم الثانى.

و على الجملة نظر الحاكم الثانى لا اعتبار به فى الواقعة التى انتهت الخصومة فيها بالحكم من الحاكم الأوّل أو بالحكم منه أوّلا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۶

[الرابعة: ليس على الحاكم تتبّع حكم من كان قبله]

الرابعة: ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله لكن لو زعم المحكوم عليه أنّ الأوّل حكم عليه بالجور لزمه النظر فيه (۱)، و كذا لو ثبت عنده ما يبطل

---

(۱) ذكر فى المسألة أمورا ثلاثة:

الأوّل: عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى فى القضاء الصادر عن الحاكم الأوّل.

الثانى: انّه لو ادّعى المحكوم عليه بقضاء الحاكم السابق جوره عليه فى قضائه وجب على الثانى النظر فى قضائه.

الثالث: انّ كل حكم من الحاكم السابق ينقض على تقدير ظهور خطائه فى قضائه للحاكم الثانى، من غير فرق بين حقوق الناس و حقوق اللّه، مشيرا إلى خلاف بعض فى حقوق الناس، حيث قالوا انّ النقض فى حقوق الناس يحتاج إلى مطالبة المستحق.

و ذكر فى الجواهر فى وجه الأمر الأوّل انّ عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى مقتضى حمل قضاء الحاكم الأوّل على الصحّة.

أقول: ما تقدم من الماتن- قدّس سرّه- من وجوب النظر فى أمر المحبوس بالقضاء من الحاكم السابق لا ينافى ما ذكر فى المسألة من عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فى حكم القاضى الأوّل، و ذلك فإنّ وجوب النظر فى أمر المحبوس باعتبار انّ استيفاء الدين منه يتوقف على ثبوت الحق عليه عند الحاكم الثانى، و لذا يجب النظر فى أمره، حيث إنّ مجرّد ثبوت الحق عند القاضى الأوّل لا يوجب كون الثانى وليا على الاستيفاء، بخلاف ما ذكر فى هذه المسألة فإنّ المفروض فيها انتهاء الواقعة السابقة حكما و استيفاء، و لكن قد عرفت ما فى الفرق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۷

حكم الأوّل أبطله، سواء كان من حقوق اللّه تعالى أو حقوق الناس.

فلا نعيد.

و أمّا ما ذكر صاحب الجواهر- قدّس سرّه- فى وجه عدم وجوب النظر على الحاكم الثانى، فيمكن أن يقال بعدم الحاجة إلى إجراء أصالة الصحّة فى القضاء السابق، بل لو لم تكن أصالة الصحّة فيه لما كان النظر فيه واجبا على الحاكم اللاحق، لأنّ العمدة فى وجوب النظر و القضاء هو وجوب القيام بأمر إنهاء المنازعة بين الناس و استيفاء الحقوق لذويها ممّن عليه، و لذا ذكرنا سابقا أنه لو أمكن فصل الخصومة بترغيب المتخاصمين بالمصالحة لما وجب القضاء.

و عليه فالوقائع السابقة التى انتهت المخاصمة فيها بالقضاء النافذ بين المتخاصمين فالقضاء فيها خارج عن وظيفة القاضى الثانى، سواء أ كان قضاؤه فيها صحيحا أم خطأ عنده، و لذا ذكرنا انّه لا يجوز له نقض حكمه و انّ حكمه نافذ حتى على القاضى الثانى.

نعم لو نظر و وجد حكمه بغير ما أنزل اللّه و بغير موازين القضاء من جهة تقصيره يجوز له النقض بل يجب، و لعلّ مراده- قدّس سرّه- من الحمل على الصحّة نفى هذا القسم من الفساد، هذا بالإضافة إلى المخاصمات.

و أمّا بالإضافة إلى حقوق اللّه و الحدود فليس فيها إلّا أنّ للحاكم إجرائها بعد ثبوت موجباتها عنده، و لا دليل على نفوذ قضائه و حكمه فيها بالثبوت أو النفى، و عليه فان أراد الحاكم اجراء الحدّ على من حكم الأوّل بثبوت موجبه فى حقّه فاللازم عليه إحراز ثبوته.

اللّهم إلّا أن يقال: انّ الحكم بثبوت الموجب من شؤون القاضى و لو لم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۸

....

يكن حكمه بالثبوت نافذا فى حق الغير لما جاز للحداد اجراء الحدّ بأمر القاضى إلّا مع إحرازه ثبوت الموجب.

و ذكر فى وجه الأمر الثانى: انّ دعوى المحكوم عليه بأنّ الحاكم السابق قد حكم عليه بالجور مسموعة فإنّه يعمه قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» «۱»، من غير ان يكون فى البين ما يوجب رفع اليد عن العموم.

لا- يقال: دعوى الجور على القاضى الأوّل و كذا استئناف القضاء فى تلك الواقعة ردّ على القاضى الأوّل فلا يجوز، و أيضا لو جاز دعوى الجور على القاضى الأوّل لجاز دعواه فى قضاء الأخير أيضا، و هذا سدّ لباب فصل الخصومة بالقضاء، و القول بأنّ دعوى القضاء بالجور تسمع فيما إذا كانت الدعوى بعد عزل القاضى الأوّل بحيث تكون الدعوى عليه بعد انقضاء ولايته على الحكم نظير دعوى المولى عليه بعد بلوغه على وليّه بالإضافة إلى بعض ما وقع أيام ولايته، لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لو كان السماع ردّا للقضاء فلا- يجوز قبل العزل و بعده، و إن لم يكن ردّا فلا- وجه لعدم سماعه حتى على القاضى الأخير أيضا، مع أنّ مسألة العزل لا تجرى بالإضافة إلى من كان قضاؤه بالنصب العام.

و الظاهر أنّه ليس بردّ، فإن منصرف الرد إنكار الحكم على القاضى عملا مع كون قضائه على الموازين، و لا يعمّ ما إذا كانت الدعوى خطأه و خروجه عن موازين القضاء فى قضائه.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵: ۱۷۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۸۹

[الخامسة: إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره]

الخامسة: إذا ادّعى رجل أنّ المعزول قضى عليه بشهادة فاسقين وجب إحضاره (۱) و إن لم يقم المدّعى بينة، فإن حضر و اعترف به ألزم، و إن قال: لم أحكم إلّا بشهادة عدلين قال الشيخ: يكلّف البينة لأنّه اعترف بنقل المال و هو يدّعى بما يزيل الضمان عنه، و يشكل بما أنّ الظاهر استظهار الحكام فى أحكامهم فيكون القول قوله مع يمينه لأنّه يدعى الظاهر.

(۱) حاصل ما ذكره- قدّس سرّه- فى المسألة أنّ دعوى المحكوم عليه عند الحاكم الثانى بأنّ الحاكم الأوّل قد حكم عليه بشهادة فاسقين مسموعة سواء أقام بينة على دعواه أم لا، فإنّه ليس من شرط سماع الدعوى إقامة البيّنة بها، و لا خصوصية للمقام ليمتاز بها عن سائر الدعاوى.

و على ذلك فعلى الحاكم الفعلى إحضار الحاكم الأوّل، فإن اعترف بما يدعيه المحكوم عليه ألزم بالمال إن أخذه أو استوفى بحكمه و إن لم يعترف بأنّ ذكر أنّه لم يحكم إلّا بشهادة العدلين، فقال الشيخ- قدّس سرّه-: يكلّف الحاكم المزبور بإقامة البيّنة بما ذكره لأنّه يعترف بأخذ المال من المحكوم عليه و يدعى عدم ضمانه فى ذلك، و يلزم على ذلك انّه لو لم يقم البيّنة يحلف المحكوم عليه و يلزم الحاكم بضمان المال.

و لكن مقتضى أصالة الصحّة فى حكمه تجعله منكرا، فعلى المحكوم عليه المدعى إقامة البيّنة بما يدعيه، و لعل هذا هو المراد من قول الماتن- قدّس سرّه-:

إنّ الظاهر استظهار الحكّام فى أحكامهم، و أيضا إلزام الحاكم بالمال مع اعترافه ينحصر بما إذا كان اعترافه بما يوجب الضمان، كما إذا اعترف بأنّه حكم مع علمه بفسق الشاهدين أو عدم إحرازه عدالتهما.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه تسمع دعوى المحكوم عليه على القاضى الأوّل، فيما إذا ادّعى أنّه حكم عليه بشهادة الفاسقين مع علمه بفسقهما

أو عدم إحرازه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۰

[السادسة: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلّا شاهدان عدلان]

السادسة: إذا افتقر الحاكم إلى مترجم لم يقبل إلّا شاهدان عدلان (۱) و لا يقنع

عدالتهما، فإنّه في هذا الفرض لو اعترف القاضي بما يدعيه الزم بالمال و يمكن للمحكوم عليه المخاصمة مع المحكوم له أيضا فيما إذا ادّعى أنّه كان يعلم بأنّ حكم القاضي بشهادة فاسقين أو بشهادة من لم يكن عدالتهما محرزا له عند حكمه، و في غير ذلك لا مورد لسماع الدعوى، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لو احتاج الحاكم إلى مترجم يعتبر التعدد فيه بأن يكونا رجلين عدلين لا يكتفى بالعدل الواحد، لأنّ كفاية المتعدد متفق عليه و كفاية الواحد غير محرز. و ربّما يقال بأنّ كفاية الواحد و عدمها مبنيان على كون الترجمة من قسم الشهادة أو من قبيل الرواية فيعتبر التعدد على الأوّل و يكتفى بالواحد على الثاني.

فالعمدة التكلّم في المائز بين الشهادة و الخبر ليرى دخول الترجمة في أيّ منهما، و قد قيل انّ الشهادة قسم من الخبر و كل مورد ثبت فيه اعتبار التعدد فيؤخذ فيه التعدد و في غيره يكتفى بالواحد كما هو مقتضى ما دلّ على اعتبار خبر العدل.

و أورد على ذلك في الجواهر بأنّ الرواية غير الشهادة في العرف و ليس للشارع حقيقة شرعية و لا يكون اعتبار التعدد و عدمه مائزا بينهما عند العرف بحيث يكون إطلاق الشهادة دائرا مدار اعتباره، و انّ الظاهر دخول الترجمة في الشهادة بعضا كما أنّها قد تكون رواية، فإنّه إن كان المقصود من الترجمة إثبات ما يترتب عليه حكم الحاكم كشهادة الشاهد فتكون شهادة كالشهادة بالبيع أو النكاح أو الزنا و شرب الخمر فيعتبر التعدد.

و أمّا إذا كان المقصود ترجمة دعوى المدّعى أو جواب المدّعى عليه و نحو ذلك، كترجمة فتوى المفتي لمقلديه أو ترجمة سؤال السائل عن المجتهد فيكتفى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۱

بالواحد عملا بالمتفق عليه.

فيه بالواحد، و على الجملة الميزان في تمييز أفراد الشهادة عن أفراد الرواية المقابلة في العرف فما كان من الأوّل يعتبر فيه التعدد، و في غيره يكتفى بالواحد أخذا بقوله سبحانه وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ «۱» في الأوّل و بما دلّ على اعتبار خبر العدل في الثاني، و لو اشتبه فرد بينهما فيلحق بالشهادة عملا بالمتفق عليه، و لا دلالة لآية النبإ على اعتبار قول العدل و نبئه مطلقا بحيث لا يعتبر فيه التعدد لأنّ غاية مدلولها عدم اعتبار التبيّن فيه في مقابل اعتباره في العمل على نبأ الفاسق، و من الظاهر عدم منافاة ذلك مع اعتبار التعدد كما هو مورد نزول الآية.

ثم ذكر في آخر كلامه- قدّس سرّه- أنّه يمكن أن يقال باعتبار التعدد في كل ما له دخل في القضاء أخذا بقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضي بينكم بالبينات»، و قوله- عليه السلام-: «استخراج الحقوق بشهادة رجلين- إلخ» «۲»، و على ذلك فيعتبر في الترجمة التعدد لا- باعتبار أنّها ترجمة، بل من حيث إنّها ترجمة للشهادة أو دعوى المدعى أو اعتراف الخصم إلى غير ذلك ممّا له دخل في موضوع القضاء- انتهى.

أقول: لا ينبغي التأمّل في أنّ الشهادة قسم من الخبر، فإنّ الشاهد يخبر بالواقعة الخارجية فيكون راويا و مخبرا بها، و لكن يعتبر حضوره

الواقعة التی یخبر بها، و لو کان حضور الواقعة بمشاهدتها یعتبر المشاهدة، و فیما کان الحضور لها بسماعها یعتبر سماعها إلی غیر ذلک و الاستعمالات الشائعة فی الکتاب المجید و غیره، مثل قوله سبحانه وَ لْیَشْهَدْ عَذابَهُما طائِفَةٌ «۳» و

(۱) الطلاق: ۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۴: ۱۷۶.

(۳) النور: ۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۲

....

ما کُنْتُ قاطِعَةً أَمْراً حَتّی تَشْهَدُونِ «۱» و أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْکُمْ «۲» إلی غیر ذلک تفصح عن اعتبار الحضور و الاخبار عن حس.

و لیس المراد انّ الشهادة لا تستعمل فی الخبر بالشیء بمجرّد الاعتقاد و العلم کقول القائل: أشهد ان لا إله إلّا اللّه و نحوه، بل المراد انصراف الشهادة إلی ما ذکر من قسم الخبر، و یعتبر فی الخبر بالشیء العلم به، و إلّا لدخل القول المزبور فی الکذب أو فی مثل قوله سبحانه لا تَقْفُ ما لَیسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ «۳» إلّا أنّ مجرّد العلم و إحراز الشیء لا یوجب دخول الخبر به فی عنوان الشهادة به، بل یعتبر فی صدقها العلم بالواقعة بحضورها.

فکل واقعة اعتبر فی ثبوتها الشهادة یعتبر فی المخبر بها التعدد و العلم بها حسیا، و فیما لا یثبت فیه إلّا اعتبار خبر العدل و الثقة یعتبر الخبر بها سواء أ کان بحسّ الواقعة أم الاخبار بها مع الواسطة. و لا یعتبر الخبر فیما کان المنشأ للعلم مجرّد الحدس إلّا فیما إذا اندرج الخبر المزبور فی قول أهل الخبرة.

ثمّ لا یخفی أنّ المترجم لا یشهد بالواقعة التی شهد بها الشاهدان، لأنّه لم یحضر تلک الواقعة و تقبل ترجمة العدلین شهود الزنا، و لا تکون أیضا من الشهادة علی الشهادة، حیث إنّ الترجمة تقبل فی الشهادة بحدود اللّه مع أنّه لا یسمع فی الحدود الشهادة علی الشهادة، بل الترجمة تفسیر لشهادة الشاهد و الإتیان بالمرادف لکلامهما.

(۱) النمل: ۳۲.

(۲) الطلاق: ۲.

(۳) الإسراء: ۳۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۳

[السابعة: إذا اتخذ القاضی کاتبا وجب أن یکون بالغا عاقلا مسلما عدلا]

السابعة: إذا اتخذ القاضی کاتبا وجب أن یکون بالغا عاقلا مسلما عدلا بصیرا لیؤمن انخداعه (۱)، و إن کان مع ذلک فقیها کان حسنا.

و ما فی کلام الجواهر- قدّس سرّه- من أنّ الظاهر اعتبار التعدد فی المترجم لأنّ الترجمة نظیر شهادة الفرع لا یمکن المساعدة علیه، و کذا ما ذکره أخیرا من اعتبار التعدد فی کل ما له دخل فی القضاء أخذا بقوله صلّی اللّه علیه و آله و سلّم، و ذلک فإنّ ظاهره حصر فصل الخصومة فی الواقعة المتخاصم فیها بالبینة، و أمّا تعیین الواقعة و تمییز المدّعی و المنکر فیها فلا دلالة علی کون ذلک بالبینة.

و المتحصل أنّ المترجم للشهادة الواقعة عند الحاکم و لغیرها لا یدخل فی البیّنة و الشاهد للمدعی أو غیره لیعتبر فیه التعدد، بل

مقتضى السيرة العقلائية الاعتماد فى الترجمة على الثقة العارف بلغة الشاهدين أو غيرهما، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- إنّ القاضى إذا اتّخذ كاتبا فيعتبر كونه مسلما بالغا عاقلا عادلا بصيرا لئلا ينخدع، و مجرّد كونه مسلما عاقلا بالغا عادلا غير كاف، بل يعتبر كونه بصيرا بحيث لا ينخدع، فإنّ الكاتب أمين القضاء، فيعتبر كونه على الصفات المزبورة، و لو كان فقيها أيضا لكان حسنا لأنّ الفقاهة كمال للشخص.

و أضاف فى الجواهر أنّه ينبغى أن يكون جيّد الكتابة بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، ثمّ قال: و لكن قد يقال: لا موجب لاعتبار الأوصاف فى الكاتب لأنّ كتابه القضاء لا تكون حجّة بنفسها لا للقاضى المزبور و لا لغيره، بحيث يعتمد عليها فى الحكم ثانيا، فيما إذا امتنع المحكوم عليه عن إنفاذ القضاء بدعوى عدم الحكم عليه، و على الجملة ثمرة الكتابة يتذكر القاضى بقضائه فإن تذكّر قضائه فلا يحتاج إلى الأوصاف، و إن لم يتذكر فلا تفيده الأوصاف،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۴

[الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم]

الثامنة: الحاكم إن عرف عدالة الشاهدين حكم (۱) و إن عرف فسقهما اطرح

و أجاب عن ذلك بأنّ ثمرة الكتابة لا تنحصر بما يكون التذكر فيه دخيلا بل ربّما تكون الكتابة مراسلة إلى قاض آخر أو أمرا أو نهيا للسائرين ممّا يكون فيه تغيير و زيادة و نقيصة، و إذا كان القاضى بحيث لا- يتمكن من ملاحظتها ثانيا فلا بدّ من أن يكون كاتبها بالأوصاف المزبورة.

أقول: يمكن تزوير قضاء القاضى و كتابته بتحريف فتكون ذريعة لدعوى المحكوم عليه بطلان قضائه و كونه على خلاف الموازين و لو مستقبلا فاعتبار الأوصاف فى الكاتب منع عن وقوع ذلك.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- فى هذه المسألة أمورا لعلّها لا تناسب آداب القاضى بل تناسب كيفية الحكم.

فمنها: انّ القاضى إذا عرف عدالة الشاهدين سواء أ كان عرفانه عدالتهما بشهادة الشاهدين بعدالتهما من غير ثبوت جرح أم باختلاطه مع الشاهدين و عرفانه عدالتهما وجدانا يحكم على طبق شهادتهما، كما أنّه لو عرف فسقهما كما ذكر طرح شهادتهما، و إذا لم يعلم حالهما من حيث الفسق و العدالة يبحث عن حالهما حتى يتحقق أحدهما.

و لكن ذكر الشيخ- قدّس سرّه- فى الخلاف جواز الحكم بشهادة من علم إسلامه و لم يعلم فسقه، و به رواية شاذة لم يعمل بها معظم الأصحاب، و يستفاد من كلامه- قدّس سرّه- إنّ الفحص عن عدالة الشاهدين وظيفة الحاكم و أنّه لا يطالب المدّعى بالتعديل.

و يقال بأنه يظهر ذلك ممّا ورد فى حكاية فعل النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى التفسير المنسوب إلى الحسن بن على العسكرى: و أنّه كان يرسل شخصين من قبله لا يعلم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۵

و إن جهل الأمرين بحث عنهما، و كذا لو عرف إسلامهما و جهل عدالتهما توقف حتى يتحقق ما يبنى عليه من تعديل أو جرح، و قال فى الخلاف: يحكم و به رواية

أحدهما الآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاءا بمدح و ثناء حكم، و إن جاءا بشرّ ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيلة سأل الخصم عنهما فإن زكّاهما حكم و إلّا طرحهما «۱».

و فيه أنّ الرواية لضعف السند غير قابلة للاعتماد عليها و لا دلالة لها أيضا على أنّ الفحص عن عدالة الشاهدين وظيفة الحاكم لأنّ فعله

صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لعلّه لتسهيل الأمر للمدّعى المكلّف بإقامة البيّنة على دعواه. فإنّ ظاهر ما ورد فى أنّ البيّنة على المدّعى انّ عليه إثبات أنّهما شاهدان عدلان، و أيضا ما ورد فى ذيلها من حكمه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مع تزكية الخصم لا يلتزم به، فانّ مجرّد تزكيته لاـ تكفى فى إحراز كون شهادتهما بينة، كما لا يكون اعترافا من الخصم بما يشهدان به ليقال ثبوت الدعوى لاعتراف الخصم بها، فإنّه يمكن أن يزكّيهما و يخطّئهما بما يقولان، و على كل تقدير فإن بحث الحاكم و ثبت عنده عدالة الشاهدين يحكم بما شهدا به، و مع عدم ثبوتها لا يمكن الحكم بشهادتهما سواء أظهر الجرح أم لا، و كذا لو علم إسلامهما بل و إيمانهما و لم يعرف عدالتهما، فإنّ مجرّد الإيمان مع عدم إحراز الفسق لا تكون عدالة، و دعوى أنّ الأصل فى المؤمن العدالة لا أساس لها و إن قال به الشيخ- قدّس سرّه- و حكى عن الإسكافى و المفيد- قدّس سرّهما.

و قد يقال فى وجه ذلك إنّ الإسلام و الإيمان مع عدم ظهور الفسق عدالة، أو أنّه لا يشترط فى قبول الشهادة العدالة بل المعتبر فى الشاهد الإسلام و الإيمان مع عدم ظهور الفسق، كما هو مقتضى قوله سبحانه:

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۶

شاذة و لو حكم بالظاهر ثمّ تبين فسقهما وقت الحكم نقض حكمه (۱).

وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ «۱»، فإنّ مدلوله كفاية الشاهدين من المسلمين و آية النبا قد دلّت على إلغاء خبر الفاسق سواء أ كان فى مقام الشهادة أو غيرها، و استصحاب عدم الفسق يدخل الشاهد فى عموم المستثنى منه، لا يقال: قوله سبحانه:

وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ «۲» مقتضاه اعتبار العدالة فى الشاهد و به يقيّد الإطلاق فى الآية الأولى، فإنّه يقال: لا دلالة للآية على كونها مقيّدة لأنّ الوصف لا مفهوم له.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ صحيحة ابن أبى يعفور الآتية قد علّقت قبول الشهادة على عدالة الشخص المنكشفة بحسن الظاهر، كما أنّها تنافى كون العدالة إسلام الشخص و عدم ظهور فسقه، كما أنّها تنافى كون الأصل فى المسلم أو المؤمن العدالة، و كذا غيرها من الروايات، و حمل فعل المسلم على الصحّة بمعنى أنّه لا يعصى اللّه سبحانه فيما أمكن أمر آخر و لا يرتبط بمسألة ترتيب آثار العدالة على الفاعل، و ما ذكر- قدّس سرّه- من الرواية الشاذة سوف نتعرض لها فى بحث الشهادات، و سنذكر أنّها معرض عنها و معارضة بما أشرنا إليها من الروايات و موافقة للعامّة فتطرح.

(۱) لعلّ المراد أنّه إذا حكم القاضى فى واقعة بشهادة شاهدين قد أحرز عدالتهما بوجه معتبر كما كان فى البين بيّنة بعدالتهما أو باعتقاده عدالتهما الحاصل بالخلطة أو بغيرها، ثمّ بان بعد الحكم فسقهما عند الحاكم، فإنّه ينقض حكمه و يتمكن المحكوم عليه من ترك العمل بقضائه، فيحتاج إلى تجديد الدعوى، و الوجه فى النقض انكشاف عدم كون الحكم بالبينة العادلة فلا يكون نافذا،

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الطلاق: ۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۷

....

فيلزم إنشاء الإلغاء و إعلانه لئلا يفوت على المحكوم عليه حق أو يتوجه إليه ضرر.

و قد يناقش في النقض بأنّه غير جائز، لأنّ الحكم كان على موازين القضاء بنظر القاضي حين قضائه، و بتعبير آخر الموضوع لنفوذ حكمه كونه بشهادة رجلين قد أحرز عدالتهما عند حكمه لا العدالة الواقعية، فيكون نظير جواز الاقتداء، حيث إنّ الموضوع له إحراز عدالة الإمام عند الاقتداء بصلاته لا عدالته الواقعية، و لذا لا يكون انكشاف فسق الإمام موجبا لبطلان صلاة المأموم.

و لكن لا يخفى انّ الموضوع للحكم النافذ كونه بالبينة أي بشهادة العدلين، و نظر القاضي و إحرازه طريق إلى ما هو الموضوع لنفوذ حكمه و جوازه، و بانكشاف عدم عدالة الشاهدين يعلم عدم تحقق الحكم النافذ، و دعوى أنّ العدالة إحرازها شرط لم يعلم لها وجه صحيح، بل الأمر في الائتمام أيضا كذلك حيث إنّ الموضوع لجواز الائتمام عدالة الإمام.

و ما في بعض الروايات: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه» «۱»، لا يدل على كون الموضوع لجواز الائتمام الوثوق بعدالة الإمام، حيث إنّ ظاهره أخذ الوثوق و العلم و نحوهما في خطاب الحكم بما هو طريق لا لدخله في موضوع الحكم، و لا أقل من حمله على ذلك جمعا بين الروايات و عدم إعادة الصلاة بعد انكشاف بطلان الجماعة لحديث لا تعاد، و الرواية الواردة لا تتعدى عن مدلول الحديث.

هذا كلّه فيما إذا انكشف فسق الشاهدين أو أحدهما حال الشهادة، أمّا إذا انكشف طريان الفسق بعد الحكم أو قبله و بعد الشهادة فلا موجب لجواز

(۱) الوسائل: ج ۴، الباب ۱۰ من أبواب صلاة الجماعة، الحديث ۲: ۳۸۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۸

....

النقض، لأنّ الحكم كان بالبينة العادلة، و كذا فيما لم يعلم طريان الفسق حال شهادتهما أو بعده، فإنّ مقتضى الاستصحاب في عدالتهما حال شهادتهما مقتضاه نفوذ القضاء بشهادتهما، بل يمكن الأخذ بأصالة الصحّة في حكمه كما لا يخفى.

و قد ذكر في الجواهر أنّ ما ذكر فيما إذا اتّفق العلم للحاكم بفسق الشاهدين، أمّا إذا عثر المحكوم عليه بعد القضاء على جارح الشاهدين و أراد تجديد الدعوى فإنّه لا يجوز التجديد فإنّ جوازه يناقض نفوذ القضاء و فصل الخصومة، و يكشف عن ذلك قولهم بأنّه يمهل ثلاثة أيّام لو ادّعى وجود الجارح، فإنّ مقتضاه أنّه لا يفيد الظفر بالجارح بعد تلك المدّة فيما حكم الحاكم، و لا يوجب دعواه الجارح بعد المدّة توقف الحاكم عن حكمه.

أقول: هذا فيما إذا قيل بأنّ الإتيان بالجارح وظيفة المحكوم عليه، و إذا لم يأت به وقت الحكم و حكم القاضي في الواقعة فلا ينقض الحكم، نظير ما إذا حكم في واقعة بحلف المنكر مع عدم إتيان المدّعى بالبيّنة ثمّ ظفر بالبيّنة فإنّ الظفر عليها لا يفيده بعد الحكم، كما يشهد بذلك بعض الروايات، و كذا فيما إذا قيل بأنّ الفحص عن الجارح وظيفة الحاكم و قد فحص عنه بالمقدار اللازم.

أمّا إذا ادّعى المحكوم عليه ترك القاضي الفحص عن الجارح مع وجوده حال الحكم أو تمكن الحاكم من إحراز حال الشاهدين للشياع المفيد للعلم بفسقهما فهذا يدخل فيما تقدم من دعوى المحكوم عليه أنّ الحاكم قد حكم عليه مع فسق الشاهدين أو عدم ثبوت عدالتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۹۹

و لا يجوز التعويل في الشهادة على حسن الظاهر (۱)، و ينبغي أن يكون

(۱) حاصله عدم جواز الشهادة بعدالة شخص اعتمادا على حسن ظاهره، بأن لا يرى المعاشر له في غير خفاياه إلّا الخير و المواظبة على وظائفه الشرعية كالصلاة في أوقاتها، لأنّ العدالة كإعسار الشخص يمكن اختلاف خفايا الشخص مع ظاهره، و ربّ شخص ظاهره

الفقر و فقد المال و باطنه على خلاف ظاهره، و كذا الحال فى العدالة خصوصا فى ما إذا كان متصديا لبعض ما هو من شؤون العادل، كالإمامة فى الصلاة، بل يعتبر فى إحراز عدالة الشخص المعرفة المتقادمة بباطنه، بأن يعرف أنّ باطنه و خفاياه أيضا حسن كظاهره فتكون المعرفة كذلك بطول المعاشرة ليمكن له إحراز ملكة العدالة، هذا بحسب إحرازها.

و أمّا بحسب أداء الشهادة بها فتكفى الشهادة بها مطلقة، أى بلا حاجة إلى تفسير عدالته بأن يصرّح له ملكة اجتناب الكبائر التى هى عبارة عن المعاصى الفلانية و انه يترك الإصرار على الصغائر التى هى عبارة عن المعاصى الفلانية، فإنّ التفسير كذلك لا يحتمل اعتباره لعسره نوعا و ينبغى للحاكم أن يسأل الشاهد بعدالة الشاهد سرّا لأنّ السؤال و أداء الشاهدة سرّا يجعل الشاهد بالعدالة بعيدا عن التهمة، بأنّه يشهد بالعدالة حياء أو خوفا و تقية، أو لغير ذلك من الدواعى، هذا كلّه فى التعديل.

و أمّا الجرح فلا بدّ من تفسيره فى مقام أداء الشهادة، لعدم العسر، حيث يكفى فى الجرح ذكر سبب واحد للفسق، خلافا للشيخ- قدّس سرّه-، حيث اكتفى فيه أيضا بالإطلاق لعدم حاجة معرفة فسق الشخص إلى المعرفة الباطنة المتقادمة لحصول الفسق بفعل واحد و كفاية إحرازه به.

أقول: لا ينبغى التأمّل فى أنّ حسن الظاهر طريق معتبر إلى عدالة الشخص، و مع إحراز القاضى حسن ظاهره بالوجدان يقبل شهادته، فيكون

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۰

السؤال عن التزكية سرّا فإنّه أبعد من التهمة و يثبت مطلقة (۱)، و يفتقر إلى المعرفة

قيام البينة بالحسن كعلمه وجدانا بها كما هو ظاهر صحيحة ابن أبى يعفور «۱»، و فى موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت اخوته»، و لا تنافى بينها و بين الصحيحة لتعدد حسن الظاهر المجعول كل منهما طريقا إلى عدالة الشخص.

ثمّ إنّه بما أنّ حسن الظاهر طريق إلى العدالة فلا يعتبر فى صورة العلم بباطن الشخص و كون خفاياه على خلاف ظاهره، كما أنّه لا يسقط هذا الطريق عن الاعتبار بالعلم إجمالا بأنّه قد صدر عن الشخص فى خفاياه بعض الحرام و لو صغيرا فى بعض الأوقات.

لأنّ مع احتمال التوبة يكون حسن ظاهره معتبرا لاحتمال اصابة حسن الباطن و لو قلنا كما هو الصحيح بأنّ الصغيرة أيضا بلا توبة كالكبيرة بدونها قادحة فى العدالة كما هو غير بعيد، على ما يأتى فى بحث العدالة فى مباحث الشهادات.

(۱) قيل فى وجه التفرقة بين التزكية و الجرح باعتبار التفسير فى الثانى دون الأوّل بأنّ التفسير فى الأوّل يحتاج إلى تعداد الكبائر و الإصرار على الصغائر و الشهادة بالترك بالملكة الحاصلة له و ترك ما ينافى المروة، و هذا أمر حرجى على المزكّى لا يحتمل اعتباره، بخلاف الجرح فإنّه يكفى فى ثبوته سبب واحد، و لأنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى كبيرة أم لا يوجب بيان السبب ليرى الحاكم إنّه موجب للفسق أم لا.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴۱، من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۱

الباطنة المتقادمة و لا يثبت الجرح إلّا مفسرا، و فى الخلاف يثبت مطلقا.

و أورد على ذلك فى الجواهر بما حاصله: إنّ الاختلاف فى كون بعض المعاصى كبيرة كما أنّها توجب فسق فاعلها عند من يراها كبيرة، كذلك أنّها لا تقدح فى العدالة مع عدم الإصرار عليها عند من لا يراها كبيرة، و إذا شهد المزكّى بالعدالة و احتمل القاضى انّ

الشخص يرتكب ما يراه كبيرة ممّا لا يراه المزكّى أنّها كبيرة فكيف يقبل شهادته بالعدالة مطلقة و لا يقبل شهادته بالفسق بلا تفسير.
ثمّ قال: الأقوى كفاية الإطلاق فى الشهادة بالعدالة و الفسق، لا لأنّ الحاكم يحرز انّ كلّا من المزكّى و الجارح عارف بالمعاصى الكبيرة و الصغيرة و ما ينافى المروة و ما لا ينافيها، و إلّا لم يصحّ لهما الشهادة بالعدالة بالفسق و مع إحرازه كذلك لا موجب لسؤاله عنهما التفسير، و ذلك فإنّ الإحراز فيما إذا علم الحاكم بأنّ كلّا من المزكّى و الجارح يعرف أسباب الجرح و التعديل على طبق مذهبه بأن كانا مقلدين للحاكم المزبور أو من يوافقه فى الفتوى، بل الوجه فى كفاية الإطلاق ما هو معلوم من طريقة الشرع من حمل شهادة المزكّى و الجارح على العدل و الفسق الواقعيين، و لو مع اختلاف الاجتهاد فى الواقع، نظير سائر الموارد من الشهادة بالملك أو الطهارة أو الزواج و غير ذلك من موارد الشهادة بالمسببات مع وقوع الاختلاف فى بعض أسبابها.
و أنكر بعض الأعاظم هذا الكلام و ذكر أنّ السيرة على قبول الشهادة بالعدل أو بالفسق أو الملك أو غيرها ممّا وقع الخلاف فى أسبابه مطلقا غير محرز، بل المحرز ثبوتها فيما لا اختلاف فى الأسباب أو علم بالقرائن اتفاق المذهبين.
أقول: مقتضى السيرة هو الحمل على الواقع إلّا مع إحراز الاختلاف،
أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۲
و لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفة و يكفى العلم بموجب الجرح، و لو اختلف الشهود فى الجرح و التعديل قدّم الجرح لأنّه شهادة بما يخفى على الآخرين، و لو تعارضت البينتان فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف: وقف الحاكم، و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا (۱).

و معه لا يفرق بين التعديل و الجرح.
ثمّ إنّ ظاهر كلماتهم اعتبار البيّنة فى التعديل و الجرح. و لكن لا يبعد دعوى اعتبار خبر العدل الواحد، لأنّه طريق معتبر فى الأحكام و الموضوعات التى لا يدخل فى عنوان الدعوى و بعض الموضوعات التى اعتبر الشارع فى ثبوتها طريقا خاصا، و لذلك يمكن للحاكم فى التعديل و الجرح الاعتماد على الاستصحاب، و لو كانت عدالة المخبر أو الشاهد من قبيل الدعاوى لما أمكن اعتماده عليه فيهما، و أيضا يشكل التعديل أو الجرح فيما إذا تعارضت البينة و خبر العدل، كما هو الحال فى تعارض خبر عدل فى الأحكام مع خبر عدلين آخرين.
(۱) و مراده- قدّس سرّه- إنّ الجرح شهادة بما يخفى على الآخرين و المزكّى فى الغالب يشهد بأنّه لم ير من الشاهد المعصية و الجارح يشهد بأنّه يراها منه، و لا منافاة بين عدم رؤية شخص و رؤية شخص آخر.
و فى الجواهر: انّه يتم فيما إذا لم يعين الجارح وقت المعصية، و أمّا مع التعيين و شهادة المزكى انّه كان فى ذلك الوقت فى المسجد أو غيره من الأمكنة فيقع التعارض لا محالة.
أقول: مع أنّه قد يقدم قول المزكى كما إذا ذكر الجارح أنّه رأى منه المعصية الفلانية و قال المزكى انّه عدل فعلا و انّه لو وقع منه ما ذكرت فقد تاب منه
أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۳

[التاسعة: لا بأس بتفريق الشهود]

التاسعة: لا بأس بتفريق الشهود (۱)، و يستحب فيمن لا قوة عنده.

فعلا، و لكن مع تعارض ما أخبرا به أيضا تكون النتيجة تقديم قول الجارح، لأنّه إذا لم تتم البينة على المدعى عليه تصل النوبة إلى

استحلافه.

و عن الشيخ- قدّس سرّه- فى الخلاف انّه مع اختلاف الشهود فى التزكية و الجرح توقف الحاكم عن الحكم، و يأمر المتخاصمين بالمصالحة، و لا يتوجه اليمين إلى المنكر، لاحتمال كون الشهادة بالدعوى بيّنة و معها لا تصل النوبة إلى اليمين.

و فيه أنّه لو تم ذلك لاقتضى التوقف عن الحكم أيضا فيما كان لدعوى المدّعى شاهدان لم يثبت عدالتهما لعدم المزكّى لهما.

و الحلّ إنّ شهادة العدلين انّما تكون بيّنة فعلا- للحاكم فيما إذا تمكن من إحراز عدالتهما، مع أنّه يمكن إحراز عدم عدالتهما بالاستصحاب الجارى فى عدم حدوث ملكة العدالة أو حسن الظاهر أو الاستقامة فى الدين لهما، لأنّ كلّ ذلك من الأمر الحادث المسبوق بالعدم، و لا يعارض باستصحاب عدم حدوث الفسق، حيث انّ الفسق لا أثر له فى المقام، و أنّ الموضوع و المستند لحكم القاضى عدالة الشاهدين كما تقدم.

(۱) ذكر فى الجواهر أنّه لا- يجوز للقاضى تفريق الشهود و السؤال عن كل واحد من غير علم الآخر عن خصوصيات الواقعة التى يشهدون بها ليعلم صدقهم باتفاق كلمتهم أو كذبهم باختلاف قولهم و تشتت كلامهم أو بغير ذلك، و يستحب ذلك فى مورد الريبة، كما إذا لم يكن للشاهد قوة عقل بحيث يحتمل تلبيس الأمر عليه أو توافق الشهود على الشهادة غلطا، كما يشهد بذلك فعل

....

دانيال- عليه الصلاة و السلام- فى شهود الزنا «۱»، و ما فعل داود- عليه الصلاة و السلام- فى منكرى قتل صاحبهم و أخذهم ماله «۲»، أضف إلى ذلك قوله سبحانه لنبيه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم من الأخذ بهداهم بقوله فَبِهُداهُمُ اقْتَدِهْ «۳».

لا يقال: قد نسخت الأحكام الثابتة فى الشرائع السابقة بشريعتنا، فاستحباب التفريق فى شرعهم لا يقتضى الاستحباب فى شريعتنا، فإنّه يقال ليس المراد من نسخ الشرائع السابقة بشريعتنا نسخ كل واحد واحد من تلك الأحكام، و لا ينافى الأمر ببعض ما كان فى تلك الشرائع. و أيضا يلاحظ المروى من فعل على- عليه السلام- فى سبعة خرجوا فى سفر و لم يرجع واحد منهم من تفريق الستة الراجعين «۴»، بل يظهر منه أنّه يجوز للقاضى التوسل إلى معرفة الحق بكل وسيلة مباحة فى نفسها كالتكبيرة فى الناس و نحوها. و فى المسالك أنّ التفريق قبل أن تتم البينة فى الواقعة و قبل طلب الحكم، كما إذا كان التفريق قبل تزكية الشهود، و إلّا لم يجز ترك الحكم و التفتيش عن الحق حتى فى فرض ثبوت الريبة. فإنّ مجرد الريبة لا تمنع عن الحكم بعد تمام مقدمات الحكم و طلب المدّعى، و دعوى أنّه لا دلالة فى البين على وجوب الحكم على القاضى مع ثبوت الريبة و إن طلب المدّعى الحكم، كما عن بعض، لا يمكن المساعدة عليها.

و على ذلك فاللازم حمل جواز التفريق و استحبابه فى كلام المصنف

---

(۱) الكافى ۷: ۴۲۵، التهذيب ۶: ۳۰۸.

(۲) الكافى ۷: ۳۷۲.

(۳) الأنعام: ۹۰.

(۴) الكافى ۷: ۳۱۷، و الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۰۴.

....

- قدّس سرّه- إلى ما قبل تمام مقدمات الحكم، أو على مقام أداء الشهادة، حيث إنّ أداء الشهادة تفريقا أحد فردى الأداء، و القاضى مخيّر بينهما، و يستحب الأداء التفريقى مع ثبوت الريبة، انتهى.

أقول: إذا تمت مقدمات الحكم و طلب المدعى القضاء فلا دليل على عدم جواز تأخير القضاء فيما إذا كان فى البين ريبة إذا احتمل القاضى تدارك المظلمة و العلم بالواقع مع التأخير و تفريق الشهود و السؤال من كل واحد منهم من غير اطلاع الآخرين، فإنّ هذا التأخير لا ينافى القيام بالقسط و الحكم بما أنزل اللّه، و لا الدليل السابق المذكور على وجوب القضاء حفظا للأمن و استيفاء حقوق بعض الناس من بعضهم الآخرين.

نعم المنقول من دانيال- عليه السلام- ظاهره تفريق أهل الدعوى فى سماع دعواهم، و لكن صدر الرواية الواردة فى قضاء علىّ- عليه السلام- فى قضية اليتيمة من قبيل تفريق الشهود، إلّا أنّ الزنا حيث لا يثبت بشهادة النساء منفردة فيمكن أن يكون تفريقهن للتوسل إلى الواقع و دفع المظلمة المحتملة من غير أن يكون فى البين تأخير القضاء.

و يستفاد من المروى فى قضية داود- على نبينا و عليه الصلاة و السلام- أنّه يجوز للقاضى محاكمة المتهم بنظره لتدارك المظلمة المحتمل وقوعها، و إن لم يكن دعوى من ذى الحق لعدم جزمه بدعواه.

و يقوى هذا الجواز فيما كان فى البين اقتضاء التحفظ على أمر النظام و أمن البلاد، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۶

[العاشرة: لا يشهد الشاهدان بالجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة]

العاشرة: لا يشهد الشاهدان بالجرح إلّا مع المشاهدة لفعل ما يقدح فى العدالة أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعا موجبا للعلم (۱)، و لا يعوّل على سماع

---

(۱) لا يخفى أنّ الفسق كغيره من الأمور يعتبر فى الشهادة به من إحرازه حسّيا، و المراد حسّ المشهود به أو حسّ ما لا ينفك عن المشهود به عادة، و لذا تمكن الشهادة بالشىء اعتمادا على الاستفاضة الموجبة للعلم به عادة، حيث لا تنفك هذه الاستفاضة عن ثبوته، بخلاف الشهادة بالشىء اعتمادا على استصحابه أو خبر العدل به و نحو ذلك ممّا لا يكون حسّا بذلك الشىء و لا علما به عادة، نعم لو كان ذلك الشىء ممّا يعتبر فيه الخبر به فيمكن الاعتماد على الاخبار به، و قد تقدم انّ عدالة الشاهد يعتبر فيه الخبر به و لا يتعين الشهادة به، و لذا يمكن للقاضى الاعتماد على استصحاب عدالة الشاهد، كما يعتمد فى تعديل الرواة و توثيقهم على نقل القدماء من أهل الرجال فى تشخيص حال الرواة.

و دعوى الإجماع على اعتبار الشهادة فى ثبوت العدالة، كما عن جماعة، لا يمكن المساعدة عليها، و كيف تمكن هذه الدعوى مع تصريحهم بجواز اعتماد القاضى على الاستصحاب فى عدالة الشاهد.

نعم يعتبر فى ثبوت الفسق الموجب للحد أو التعزير الشهادة، على ما تقرّر فى بحث الحدود.

ثمّ إنّ ما ذكرنا من اعتبار الحسّ فى الشهادة هو القاعدة الأوّلية. و قد يقال بجواز الشهادة ببعض الأمور مع عدم الحسّ بها كالشهادة بالملك اعتمادا على اليد و بالعدالة اعتمادا على حسن الظاهر، و نحو ذلك ممّا قيل بأنّ ذلك مقتضى الأدلّة الخاصّة الواردة فى مواردها، و يأتى البحث فى بعضها أو جلّها فى بحث الشهادات ان شاء اللّه تعالى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۷

ذلك من الواحد و العشرة لعدم اليقين بخبرهم.

و قد ذكر فى الجواهر أنّه لا يكفى فى الشهادة بالفسق مجرّد مشاهدة الفعل المحرم، بل يعتبر العلم بصدوره عنه على وجه المعصية، و لا اعتبار بالظن بصدوره عنه كذلك، و دعوى أنّ للأفعال ظهورا كالأقوال، فكما يمكن الاعتماد على الظهور فى الثانى يعتمد على الظهور فى الأوّل لا يمكن المساعدة عليها، فانّ الفعل بما هو ليس له ظهور و إنّما يحصل الظهور من بعض المقارنات، فإن أفاد تلك المقارنات العلم فهو، و إلّا فلا يجوز الشهادة بالفسق، لأنّه من الظن الذى لا يغنى من الحقّ شيئا، نعم لا عبرة بالاحتمال الذى لا يعتدّ به و لا ينافى الجزم فى العادة.

أقول: دلالة الفعل كدلالة اللفظ بالإضافة إلى مدلول الفعل إنشاء أو إخبارا بالدلالة العرفية فإعطاء المال الفقير ظاهره تمليكه إيّاه، فيجوز له تمليكه الغير مجانا أو بلا عوض، و أمّا كون الفاعل ملتفتا إلى عنوان الفعل حين الارتكاب أو غافل عنه أو أنّه كان مكرها على ارتكابه أو مضطرا أم لا، فمثل ذلك لا تدخل فى دلالة الفعل لا عقلا و لا عرفا، فلا بد من إحراز ذلك من الخارج.

بقى فى المقام أمور:

منها: أنّ الشاهدين فى الواقعة إذا كانا عدلين عند القاضى و لكن اعترف المدعى بفسقهما فهل يجوز للحاكم الحكم بشهادتهما؟ فقد يقال بجوازه فانّ ميزان القضاء إحراز القاضى كون شهادتهما بينة و المفروض تحقق ذلك فلا اعتبار بإحراز المدّعى أو اعترافه كما لا اعتبار بنظر خصمه، و قد يقال: بأنّه لا يصحّ له الحكم لاعتراف المدّعى بعدم الأثر لشهادتهما، حيث إنّ المعتبر فى القضاء عدالة الشاهدين واقعا، و إحراز القاضى يعتبر طريقا، لا أنّه تمام الموضوع لجواز القضاء.

أقول: إحراز القاضى عدالة الشاهدين و إن كان موضوعا لجواز القضاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۸

[الحادية عشرة: و لو ثبت عدالة الشاهد]

الحادية عشرة: و لو ثبت عدالة الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبيّن ما ينافيها، و قيل: إن مضت مدة يمكن تغيّر حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه و لا حدّ لذلك بل بحسب ما يراه الحاكم.

[الثانية عشرة: ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]

الثانية عشرة: ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع (۱) و وثائقه و حججه و يكتب

بشهادتهما تكليفا إلّا أنّ المدعى مع عدم إحرازه ثبوت حقّه واقعا لا يمكن أن يرتب على قضائه أثر الواقع و القضاء النافذ، فلا يجوز له مطالبة القاضى بحبس المدّعى عليه بالدين الذى شهد به الشاهدان، كما يجوز للمدعى عليه الامتناع عن أداء الدين المزبور أخذا باعترافه فسق الشاهدين و كون القضاء ليس على الموازين.

و منها: ما ذكره جماعة أنّه يجوز للحاكم الحكم مع عدم إحراز عدالة الشاهدين بالاعتماد على تصديق المدعى عليه عدالتهما، لأنّ اعترافه بعدلهما اعتراف بثبوت الحكم النافذ بشهادتهما، و يدلّ على ذلك ما عن تفسير العسكرى- سلام اللّه عليه- من فعل رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و إقباله على المدعى عليه و سؤاله ما تقول فيهما؟ فإن قال: ما عرفنا إلّا خيرا غير أنّهما قد غلطا فيما شهدا علىّ أنفذ شهادتهما «۱».

و لكن تقدم انّ الرواية لا يمكن الاعتماد عليها كما تقدم، و ان نفوذ الحكم فرع جوازه تكليفا و إذا لم يحرز القاضى عدالة الشاهدين بوجه معتبر فلا يجوز له القضاء تكليفا ليكون ذلك الحكم نافذا على المدعى عليه باعترافه أو بدونه.

(۱) المراد من جمع قضايا كل أسبوع جمعها فى الكتابة و ضبطها فى ديوان الحكم بأن يكتب و لو بأمره كاتبه كل واحد من الوقائع المرفوعة إليه و أربابها

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۰۹

عليها، فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنة جمعه

بأسمائهم و حكمه فيها، و أنّه قد حكم فى الواقعة الفلانية بكذا بالبينة الفلانية أو بإقرار المدعى عليه أو بيمين المنكر أو اليمين المردودة، ثمّ يجمعها و يكتب عليها انّها قضايا القاضى فلان بن فلان فى أسبوع كذا من شهر كذا و من سنة كذا.

و إذا جمع قضايا الشهر يكتب عليها إنّها قضايا فلان بن فلان فى شهر كذا من سنة كذا، و إذا جمع قضايا الشهور يكتب عليها أنّها قضايا القاضى فلان بن فلان فى سنة كذا، كل ذلك لتسهيل المراجعة إلى الواقعة المرفوعة إليه و حكمه فيها عند الحاجة منه أو من غيره، يعنى القاضى الذى يجىء من بعده، فإنّ الكتابة و إن لم تكن من شرط القضاء و نفوذه، إلّا أنّها من آدابه و مستحباته، لأنّ بها نوع سعى فى حوائج الناس و تحفظ على حقوقهم.

بل لا يبعد وجوبها إذا طلبها ولىّ الأمر الذى نصبه للقضاء رعاية للأمن و حقوق الناس، و مع عدم الأمر يستظهر مطلوبيتها و استحبابها من معتبرة عقبة ابن خالد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- حيث سأل- عليه السلام- غيلان بن جامع قال:

«كيف تقضى يا غيلان؟ فأجاب: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم أطرحه فى الدواوين، قال: قلت: هذا هو الحتم من القضاء» «۱». بل يستظهر من قوله سبحانه إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ الآية «۲»، بدعوى أنّ القضاء أولى بالتحفظ عليه من الدين، و إذا كانت كتابة الدين للتحفظ مطلوبة فهى فى أمر القضاء أولى.

---

(۱) الكافى ۷: ۴۲۹.

(۲) البقرة: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۰

و كتب عليه قضاء سنة كذا.

هذا بالإضافة إلى الكتابة للإيداع فى الديوان، و أمّا إذا طلب المحكوم له كتابته لتكون حجّة عنده فلا دليل على وجوب الإجابة، حتى فيما إذا بذل الملتمس المال، و ان نسب وجوبها إلى الأشهر، إلّا أنّه لا دليل عليه فضلا عن وجوبها مجانا، و التمسّك فى ذلك بقوله تعالى وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ «۱» لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الوجوب فى مورد الآية غير ثابت فضلا عن التعدى عنه إلى المقام، حيث إنّ الكتابة ليست شرطا فى الدين و لا واجبا فيه.

نعم إذا توقف وصول المحكوم له إلى حقّه عليها، كما إذا نصب ولى الأمر لانفاذ القضاء شخصا آخر لا يعلم الحق إلّا بالكتابة أو شرط عليه فى الإنفاذ كتابة القاضى لزم الكتابة، و هذا أمر آخر، و يجوز للقاضى أخذ الأجرة على الكتابة كما تقدم سابقا، و الوجه فى اللزوم أنّ القضاء بغير إنفاذه لا يثمر فى أمن البلاد و استيفاء بعض الناس حقوقهم من بعضهم الآخر و لكن الواجب الكتابة لا إعطاء القرطاس و المداد و نحوه.

نظير ما يقال من أنّ الواجب هو تكفين الميت لا إعطاء الكفن فإنّه مقتضى قاعدة نفى الضرر، و أيضا الواجب نفس الكتابة لا الكتابة مجانا، و قد ذكرنا فى بحث أخذ الأجرة على الواجبات أنّ مجرّد وجوب فعل على مكلف لا يمنع عن أخذه الأجرة عليه ممن يستفيد من ذلك الفعل، بل المانع عدم المالية لذلك الفعل أو إلغاء الشارع المالية بإيجابه على المكلف مجانا، حيث يدخل بذلك أخذ الأجرة عليه فى أكل المال بالباطل.

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۱

[الثالثة عشرة: كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر]

الثالثة عشرة: كل موضع وجب على الحاكم فيه كتابة المحضر فإن حمل له من بيت المال ما يصرفه فى ذلك وجب عليه الكتابة، و كذا ان أحضر الملتمس ذلك من خاصته و لا يجب على الحاكم دفع القرطاس من خاصته.

[الرابعة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القوية]

الرابعة عشرة: يكره للحاكم أن يعنت الشهود (۱) إذا كانوا من ذوى البصائر و الأذهان القوية مثل أن يفرّق بينهم، لأنّ فى ذلك غضاضة لهم، و يستحب ذلك فى موضع الريبة.

[الخامسة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد]

الخامسة عشرة: لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد (۲)، و هو أن يداخله فى

---

(۱) الاعنات: إدخال المشقة و الأمر الشاق و لو بملاحظة حال الشخص، كما لو كان الشاهدان من أهل البصيرة و الذهن و القوى، فيكون التفريق بينهما فى مقام أداء الشهادة و الاستفسار و الاستقصاء من خصوصيات المشهود به، بحيث يوهم كون شهادتهما مورد الريبة مكروها، بخلاف ما إذا كان الشاهد فى شهادته مورد الريبة، فإنّ التفريق و السؤال عن خصوصيات المشهود به مرغوب إليه كما تقدم.

(۲) حاصله أنّه لا يجوز للحاكم أن يتعتع الشاهد بأن يتداخل أثناء شهادة الشاهد بكلام ليتكلم به فى شهادته، أو يعرض عمّا يريد التكلّم به، أو يتكلّم الحاكم بكلام عند تمام شهادته ليجعله الشاهد تتمة لشهادته، كل ذلك بقصد إيقاع الشاهد و هدايته إلى شهادة تنفع المدعى أو تضرّه، و لو بأن تكون مسموعة أو مردودة.

و عن المسالك عدم الفرق فى عدم جواز ذلك بين كون الشاهد مريدا التكلم به فى ضمن شهادته أو تعقيبها به أم لا، و قرّره فى الجواهر فيما كان قصد الحاكم من مداخلته ما ذكر من انتفاع المدّعى أو تضرّره و كون شهادته مسموعة أو مردودة، و أضاف إليه عدم الفرق فيما ذكر بين مداخلة القاضى و غيره سوى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۲

التلفّظ بالشهادة أو يعقبه بل يكفّ عنه حتى ينتهى ما عنده و ان يتردّد و لو تردّد فى الشهادة لم يجز له ترغيبه فى الاقدام على الإقامة و لا تزهيده فى إقامتها، و كذا لا يجوز إيقاف عزم الغريم عن الإقرار لأنّه ظلم لغريمه، و يجوز ذلك فى حقوق اللّه فإنّ الرسول صلّى

اللّه عليه و آله و سلّم قال لما عز عند اعترافه بالزنا: لعلّك قبّلتها لعلّك لمستها، و هو تعريض بإيثار الاستتار.

الخصم حيث يجوز له المداخلة.

و الوجه فی عدم الجواز أنّ فی المداخلة المزبورة تضـييع حق و ترويج باطل و نحوهما ممّا هو معلوم حرمته من غير الحاكم فضـلا عن الحاكم.

نعم إذا لم يكن فی المداخلـة المزبورة تضـييع حق أو ترويـج باطل أو غيرهما من الحرام بل كان من الإعانـة على إبراز مقصـده و نحو ذلك فيشكل الحكم بحرمته و الأصل الجواز.

و أيضا لو تردد الشاهد أثناء شـهادته لم يجز للحاكم ترغيبه فی الشـهادة بإقامتها أو إكمالها، كما لا يجوز تزهيده فی الشهادة و إيقاعه فی الشك فی المشهود به بعد كونه جازما بالشهادة به.

و الوجه فی عدم الجواز بأنّ الأوّل أمر بالمنكر، حيث لا يجوز الشـهادة مع الترديد، و فی الثانی نهی عن المعروف أی إقامة الشهادة، و لا يختص هـذا بالشاهـد، بل لا يجوز إيقاف الخصم عن إقراره بحق المـدعی فإنّه ظلم لغريمه، نعم يجوز هـذا الإيقاف فی حدود اللّه، كما يظهر ذلك ممّا فعله النبی صلّی اللّه عليه و آله و سلّم فی قضية ماعز عند اعترافه بالزنا: «لعلّك قبّلتها» «۱» على المروی فيها.

أقول: يظهر ذلك من صحيحة مالك بن عطية و غيرها أيضا من المرويات فی الحدود.

---

(۱) سنن البيهقی ۸: ۲۲۶، نيل الأوطار ۷: ۱۰۴، باب استفسار المقر بالزنا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۳

[السادسة عشرة: يكره أن يضيّف أحد الخصمين]

السادسة عشرة: يكره أن يضيّف أحد الخصمين دون صاحبه (۱).

[السابعة عشرة: الرشوة حرام]

السابعة عشرة: الرشوة حرام (۲) على آخـذها و يأثم الدافع لها إن توصّل بها إلی الحكم له بالباطل و لو كان إلی حق لم يأثم، و يجب على المرتشی إعادة الرشوة إلی صاحبها و لو تلفت قبل وصولها إليه ضمنها له.

و ما ذكر من عـدم جواز الترغيب فی إقامتها فيما إذا لم يحرز الحاكم إنّه عالم بالحق و الواقع و إنّه كان حاضـرا فی الواقعة و انّ تردّده فی إقامتهـا بسـبب تردّده فی بعض الخصوصـيات التی لاـ دخل لها فی ثبوت الموضوع كزمان الواقعـة و مكانها فالأظهر فی مثل ذلك جواز الترغيب، فإنّه داخل فی الأمر بالمعروف، و كـذا يجوز تزهيـده فيما إذا احتمل أنّ إقامتها لعدم التفاته فعلا بما يجب على الشاهد رعايته كالعلم بالواقعة بالحسّ خصوصا إذا كان التزهيد قبل إقامتها، فإنّ هذا التزهيد غير داخل فی النهی عن المعروف.

(۱) يكره للقاضـی أن يضـيّف أحد الخصمين دون صاحبه، لما فی ذلك تهمة ميل القاضی إليه. و فی معتبرة السكونی: «إنّ رجلا نزل بأمير المؤمنين- عليه السلام- فمكث عنده أيّاما ثمّ تقدم إليه فی خصومة لم يذكرها له، فقال له: أخصم أنت؟

قال: نعم، قال: تحوّل عنّا فانّ رسول اللّه نهی أن يضاف الخصم إلّا و معه خصـمه» «۱»، و مناسبة الحكم و الموضوع مقتضاها الكراهة، لأنّ الضيافة المزبورة لا دخل لها فی الخصومة و القضاء إلّا نحو إيهام الميل إليه كما لا يخفی.

(۲) قد تکلّمنا فی المکاسب المحرّمة فی حکم الرشا فی الحکم، بالإضافة إلی الراشی و المرتشی تکلیفا و فی حکمه وضعا و بیان مصادیقه، و کذا فی حکم الهدیة للقاضی، و لا حاجة إلی إعادته فی المقام.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من آداب القاضی، الحدیث ۲: ۱۵۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۴

[الثامنة عشرة: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم]

الثامنة عشرة: إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم أحضره (۱) إذا کان حاضرا، سواء کان حرّر المدّعی دعواه أو لم یحرّرها، و أمّا لو کان غائبا لم یعده الحاکم حتی یحرّر دعواه، و الفرق لزوم المشقة فی الثانی و عدمها فی الأوّل، هذا

---

(۱) و حاصله أنّه إذا طلب أحد الخصمین من القاضی إحضار خصمه مجلس الحکم و کان ذلک الخصم حاضرا فی البلد لزم علی الحاکم الإجابة بإحضاره، بلا فرق بین التماسه قبل تحریر دعواه أو بعده، و بلا فرق بین کون خصمه من ذوی الشرف و المروّات و عدمه، و بلا فرق بین کون الإحضار بکتابة یدفعها إلی المدّعی أو إلی غیره من أعوانه أو أعوان الحکومة، و مع امتناعه عن الحضور استعان بهم علی إحضاره، کل ذلک مقتضی إطلاق کلامه- قدّس سرّه- و ادّعی علی وجوب الإجابة لالتماس الخصم و لو قبل تحریر الدعوی فی صورة کون الخصم حاضرا فی البلد الإجماع، و ان خالف الإسکافی فیما إذا کان الخصم من أهل الشرف و المروات.

و أمّا إذا لم یکن الخصم حاضرا فی البلد فلا یجب علی الحاکم أن یعده أی أن یمهله للحضور إلّا مع تحریر الدعوی و وجدان القاضی دعواه مسموعة، و الفرق بین حاضر البلد و الغائب عنه تیسّر الحضور فی الحاضر و عدم تیسّره فی الغائب.

و الإحضار بعد تحریر الدعوی یختص بما إذا کان الغائب فی موضع یدخل فی ولایة القاضی و لم یکن فیه للقاضی خلیفة، و لو کان فیه خلیفة له یقال تسمع القاضی بینة المدعی إن کانت، و أرسل إلی خلیفته أن یحکم فی واقعتهما.

و إن لم یکن ذلک البلد داخلا فی ولایته حکم فی الواقعة مع غیاب الخصم ان کانت للمدعی بینة کما سیأتی فی القضاء علی الغائب، و إن رضی المدّعی بالحضور إلی ذلک البلد لیحکم القاضی فی ذلک البلد بینهما أرجع الواقعة إلی

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۵

إذا کان فی بعض مواضع ولایته و لیس له هناک خلیفة یحکم، و إن کان فی غیر ولایته أثبت الحکم علیه بالحجة و إن کان غائبا، و لو ادّعی علی امرأة فإن کانت برزة فهی کالرجل، و إن کانت مخدّرة بعث إلیها من یثق به فی الحکم بینها و بین غریمها.

ذلک الحاکم.

هذا کلّه فیما إذا کان الخصم رجلا، أمّا إذا کانت امرأة فإن کانت برزة یعنی من النساء التی من عادتهن البروز لحوائجهن و حضور مجالس الرجال فهی کالرجل فیما ذکر، و أمّا إذا کانت مخدرة تمتنع من الخروج إلی حوائجها من غیر ضرورة و لا تخرج إلی مجالس الرجال بعث إلیها من یثق به لیحکم بینها و بین غریمها.

أقول: لا موجب علی القاضی فی توجیه الطلب إلی الخصم بالحضور مجلس الحکم قبل تحریر المدّعی دعواه من غیر فرق بین حضور الخصم و غیابه، لأنّه ما دام لم یثبت کون دعواه مسموعة لا یثبت للمدّعی حقّ الدعوی و من الظاهر أنّ تیسر الحضور و عدمه لا یوجب الحق فی الأوّل دون الثانی، مع أنّه ربّما یکون الحضور للمخاصمة أمرا صعبا و حرجیا للخصم، کما إذا کان من أهل المروة و معروفا بعدم اعتدائه علی الناس فی حقوقهم و أموالهم، و لذا قیل إنّه لا یوجّه إلیه الطلب.

نعم لو علم القاضـى بأنّ دعوى المدّعى مسموعهٔ بقرينهٔ حاله يمكن دعوى لزوم إحضار خصمه مع إمكانه سواء أ كان حاضرا فى البلد أم غائبـا عنه، كما أنّه لا فرق بين المرأهٔ و الرجل، حيث يمكن للمرأهٔ المخـدرهٔ أو الرجل الـذى من أهل المروهٔ و الشـرف التوكيل فى المخاصمهٔ.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۱۱۶

....

ثمّ إنّ ثبوت ما ذكر فى حق القاضـى المنصوب بالنصب الخاص، أمّا من يحكم فى الواقعهٔ المرفوعهٔ إليه بالنصب العام فوجوب الإجابهٔ له عنـد طلب الخصم منه إحضار خصـمه مع تمكنه عليه لا يخلو من قوهٔ، بناء على ما تقـدم من وجوب القيام بأمر بالقضاء بين الناس و فصل الخصومهٔ بينهم، و استيفاء حقوق بعضهم من بعض، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۱۱۷

[النظر الثالث: فى كيفيهٔ الحكم]

اشارهٔ

النظر الثالث:

فى كيفيهٔ الحكم

[و فيه مقاصد]

اشارهٔ

و فيه مقاصد:

[المقصد الأوّل: فى وظائف الحاكم]

اشارهٔ

المقصد الأوّل: فى وظائف الحاكم، و هى سبع:

[الأولى: التسويهٔ بين الخصمين]

الأولى: التسويهٔ بين الخصمين (۱) فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه يجب على القاضـى التسويهٔ بين الخصمين فى السلام بدءا أو ردّا، و الجلوس بأن يجلسهما فى مكان لا يعدّ مكان أحدهما أعلى المجلس و الآخر أسـفله، بل مقتضـى عبارته أنّهما لو جلسا كذلك كلّفهما بالجلوس سواء، كما هو ظاهر التسويهٔ

بينهما اللازمة رعايتها على القاضى، و يدخل فيها التسوية فى النظر إليهما بأن لا يختص نظره إلى أحدهما أو يكون أكثر منه إلى الآخر، و فى الكلام معهما سواء أ كان الكلام راجعا إلى المشاجرة أم غيرها، و فى الإنصات و الاستماع إليهما عند تكلّمهما، كما يجب على القاضى العدل فى الحكم بينهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۸

و الإنصات و العدل فى الحكم، و لا تجب التسوية فى الميل بالقلب لتعذّره غالبا، هذا

أقول: العدل فى الحكم بينهما ممّا لا ينبغى التأمّل فى اعتباره لقوله سبحانه:

وَ إِذا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ «۱»، و لكن لا يعرف من العدل فى الحكم إلّا الحكم على موازين القضاء و ترك الجور فيه و إلّا يكون الحكم باطلا غير نافذ.

أمّا غيره من التسوية فى السلام و الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات فوجوبها منسوب إلى الصدوقين و إلى الأشهر أو المشهور بين المتأخرين بل مطلقا، كما يجد الناظر فى كلمات الأصحاب، و يستدلّ على ذلك بمعتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشارة و فى النظر و فى المجلس» «۲». و قد تقدمت معتبرته فى إضافة أحد الخصمين «۳»، و لعلّ ما ذكر فى المعتبرة من باب المثال و المراد التسوية بينهم و لو فى غير ذلك من كيفية المعاشرة و الإكرام، لئلا يتوهم أحدهما ميل القاضى إلى الآخر، و أنّه يقضى له و لو بالجور عليه، كما يظهر ذلك ممّا ورد فى خبر سلمة بن كهيل من قول على- عليه السلام- لشريح: «ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك و لا ييأس عدوّك من عدلك» «۴».

و الظاهر انّ الإيهام المزبور حكمة فى رعاية التسوية، فيعمّ لزومها حتى ما إذا عرف القاضى بأنّه لا يعدل عن الحق و الحكم على موازين القضاء حتى مع أقرب الناس إليه، و أيضا يختصّ التسوية بما إذا كان المتخاصمان مسلمين، و لو كان

---

(۱) النساء: ۵۸.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۵۷.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲: ۱۵۷.

(۴) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۵۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۱۹

كلّه مع التساوى فى الإسلام أو الكفر، و لو كان أحدهما مسلما جاز أن يكون الذمى قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا.

أحدهما مسلما فلا يجب رعايتها، نعم يتعين الحكم بالعدل و عدم الجور لما تقدم و عدم رعاية التسوية لعدم كون الكافر أهلا للإكرام و لا يكون مساويا للمؤمن، و فى المروى عن على- عليه السلام-: «أنّه جلس فى جنب شريح فى حكومة له مع يهودى فى درع و قال: لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك و لكن قد سمعت رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يقول: لا تساووهم فى المجلس» «۱».

كما أنّ التسوية تختص بالأفعال و لا تعم الميل القلبى بأنّ لا يحبّ أن يكون الحق و الحكم على طبق موازين القضاء لصالح فلان من المتخاصمين و أن يظهر التسوية بالإضافة إلى ذلك أيضا من صحيحة أبى حمزة الثمالى عن أبى جعفر- عليه السلام- فى حكاية قاض فى بنى إسرائيل «۲».

و الوجه فى عـدم الوجوب كون التكليف فى التسويـة فى الميـل القلبى أمرا حرجيـا و شاقـا، و لاـ يمكن أن يعتمـد على الصـحيحة فى الحكم بلزوم التسويـة فى الميل القلبى بالإضافـة إلينا بل غايتها ثبوت ذلك فى بنى إسـرائيل، و تصـدى الإمام- عليه السـلام- لنقلها لا يـدلّ على بقـاء ذلـك الحكم بحـدّه بل يكفى بقاء أصل مطلوبيتها و قـد كان فى بنى إسـرائيل من التكاليف الشاقـة و ليكن هـذا منها خصوصا بملاحظة قوله سبحانه مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ «۳».

و المتحصل أنّ الموجب لهلاك القاضى ميله عن موازين القضاء فى حكمه.

و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: قال أمير المؤمنين- عليه السلام-:

---

(۱) المغنى لابن قدامة ۱۱: ۴۴۴.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۴.

(۳) الحج: ۷۸.

[الثانية: لا يجوز أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه]

الثانية: لا يجوز أن يلقّن أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه (۱) و لا أن يهديه لوجوه الحجاج، لأنّ ذلك يفتح باب المنازعة و قد نصب لسدّها.

يـد اللّه فوق رأس الحـاكم ترفرف بالرحمـة، فإذا حاف وكله اللّه على نفسه» «۱»، بنـاء على أنّ المراد بالحاكم القاضـى أو ما يعمّه، بل يكفى فى ذلك قوله سبحانه كُونُوا قَوّٰامِينَ لِلّٰهِ شُهَدٰاءَ بِالْقِسْطِ وَ لٰا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلىٰ أَلّٰا تَعْدِلُوا «۲».

و لكن الإنصاف أنّ التسويـة فى الجلوس و النظر و الكلام و الإنصات و غير ذلك من حسن المعاشـرة من الآداب المستحبة للقاضـى، كما نقل ذلك عن الـديلمى و العلّامـة و غيرهما، و لا يتعين رعايتها، لأنّ الظاهر أنّ الأمر بها لـدفع إيهام أحـد المتخاصـمين إنّه يراعى جـانب الآـخر و يعـدل عن الحكم بالحق، و هـذا ليس من الملاك الملزم، خصوصا بعـد ما علم المتخاصـمان من القاضـى العـدل فى حكمه، و أنّه لا يعدل عن القضاء بموازينه فى أى قضية ترفع إليه.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لا يجوز للقاضى أن يلقّن أحد الخصمين ما يضرّ خصمه بأن يلقّنه ما يكون موجبا لسماع دعواه، كما إذا قال المـدّعى إنّ له بيـد خصـمه مالا فسـكت قال له الحاكم لا بدّ من أنّك رأيت المال المزبور و تتمكن من توصـيفه و تعيينه و الداعى له إلى هـذا القول تلقين المـدّعى أن يضم تعيين المال إلى دعواه، ليمكن سـماعها، أو يلقن أحـد الخصـمين طريق الاحتجاج، كأن يقول لمن يريـد إنكـار الـدين عليه بـدعوى الأـداء: انّك ما اقترضت من مـدّعى المال عليك بـداعى تلقينه أنّ له مع علمه بفراغ ذمّته إنكار أصل الاقتراض لجواز الكذب فيما إذا توقف عليه دفع الضرر و لو كان ماليا، و الوجه فى عدم الجواز أنّ القاضى جعل

---

(۱) المائدة: ۸.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۴.

[الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلما أو ليتكلّم المدّعى]

الثالثة: إذا سكت الخصمان استحب أن يقول لهما تكلما (۱) أو ليتكلّم المدّعى، و لو أحسّ منهما باحتشامه أمر من يقول ذلك. و يكره أن يواجه بالخطاب أحدهما لما يتضمن من إيحاش الآخر.

لسد المنازعة، و تلقينه فى الأوّل فتح لبابها، كما أنّ تلقينه طريق الاحتجاج إضرار أو فيه ضرر لخصمه فإنّ مقتضى الاستصحاب بقاء الدين على عهدة مدّعى الأداء.

أقول: تلقينه طريق الاحتجاج لا- يجوز فيما إذا لم يحرز القاضى صدق مدعى الأداء، أمّا مع علمه فالتلقين المزبور اعانة للمظلوم و انتصار له، و ما قيل من أنّه مع إحراز الصدق لا يحتاج إلى التلقين فإنّ للحاكم أن يحكم بعلمه يدفعه إمكان المانع عن حكمه من غير إنكار المنكر، فيكون تلقينه طريق الاحتجاج مقدمة لإيصال الحق إلى صاحبه.

و أيضا تلقينه ما يصحح دعوى المدّعى لم يعلم عدم جوازه فإنّ التلقين المزبور و إن يوجب فتح باب المرافعة، و لكن مجرّد ذلك ليس مانعا عن جوازه، لأنّ القاضى جعل لفصل المنازعة لا لسدّها، كما لا يخفى.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- انّه إذا سكت الخصمان الحاضران مجلس القضاء استحب للقاضى أن يوجّه إليهما الخطاب بقوله تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، و لو أحسّ القاضى إنّ الخصمين قد دخلاهما الخجل و الاستحياء من القاضى، يقول لمن يقول لهما تكلّما أو ليتكلّم المدّعى منكما، و يكره للقاضى أن يوجّه خطابه إلى أحدهما بقوله تكلّم، لأنّ توجيه الخطاب إلى أحدهما بخصوصه إدخال الآخر فى الوحشة.

أقول: لم يعلم الوجه فى ترتب أمره لمن يقول لهما ذلك على إحساسه بأنّ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۲

[الرابعة: إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء]

الرابعة: إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و يستحب ترغيبهما فى الصلح (۱) فإن أبيا إلّا المناجزة حكم بينهما.

سكوتهما لاحتشامه. و لعلّ توجيه الخطاب إليهما داخل فى عنوان المعاشرة بالمعروف، و يستحب بذلك العنوان، و لكن قوله- قدّس سرّه-: و يكره توجيه الخطاب إلى أحدهما ينافى ما سبق من وجوب التسوية بين الخصمين فى الكلام و دعوى استثناء ذلك من العموم المزبور كما ترى! و كيف ما كان فقد تقدم عدم الدليل على عدم الجواز فيكون توجيهه إلى أحدهما تركا للاستحباب.

(۱) يستحب للقاضى دعوة المتخاصمين قبل الحكم للصلح بينهما، لأنّه داخل فى الأمر بالمعروف، بل الصلح و الإصلاح فى نفسه أمر مستحب، و فى صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «لأنّ أصلح بين اثنين أحبّ إلىّ من أن أتصدّق بدينارين» «۱»، و يمكن أن يستظهر ذلك من قوله سبحانه:

وَ لا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمانِكُمْ أَنْ تَبَرُّوا وَ تَتَّقُوا وَ تُصْلِحُوا بَيْنَ النَّاسِ «۲»، و إذا سئل المدّعى المناجزة حكم بينهما على ما تقدم من وجوب القضاء و فصل الخصومة بين الناس.

و إذا أشكل الحكم بينهما لعدم إحراز القاضى المدّعى من المنكر فى الواقعة أو عدم تشخيصه الكبرى فيما كان منشأ اختلافهما الاختلاف فى الكبرى فلا يجوز له الحكم، لأنّه من القضاء بغير علم، فيؤخر القضاء فى الواقعة إلى وضوح الحكم و خروج قضائه عن

القضاء بغير علم و عن كونه قضاء بغير موازينه.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۱ من أحكام الصلح، الحديث ۱: ۱۶۲.

(۲) البقرة: ۲۲۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۳

[الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأوّل فالأوّل]

الخامسة: إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأوّل فالأوّل (۱)، فإن وردوا جميعا قيل: يقرع بينهم، و قيل: يكتب أسماء المدعين و لا يحتاج إلى ذكر الخصوم، و قيل: يذكرهم أيضا لتنحصر الحكومة معه و ليس معتمدا، و يجعلها تحت ساتر ثم يخرج رقعة رقعة و يستدعى صاحبها، و قيل: إنّما يكتب أسماءهم مع تعسّر القرعة بالكثرة.

---

(۱) قيل إنّ البدء بالأوّل لكونه أحقّ بالسبق، و على ذلك فإن كان السابق واحدا تعيّن و ان لم يحرز السابق أو وردوا جميعا يقرع بينهم بكتابة اسم كل واحد منهم فى رقعة و جمع القاضى تلك الرقع تحت الساتر و يخرج واحدا واحدا و إذا خرج اسم واحد أجرى الحكم بينه و بين خصمه، بعد سماع دعواه و مطالبته القضاء بينهما، و لا يحتاج إلى كتابة أسماء الخصوم مع أصحاب الدعوى لأنّ القضاء و مطالبته حق للمدعى.

و قيل بذكر الخصوم معهم لتحضروا مع أصحاب الدعوى للحكم، و لكنه ضعيف لما تقدم من عدم كونهم أهل الحق ليخرج الحق لهم بالقرعة، و ربّما قيل: إنّ كتابة أسماء المدّعين كما ذكر بعد تعذّر القرعة أو تعسره لكثرة المدّعين و إلّا يقرع بينهم بما هو المعروف من وضع الرقاع فى بنادق من طين و نحوه و سترها، و لكن لا- يخفى إنّ كلا- النحوين من القرعة فيما بينهم، فلا- يتوقف اختيار كتابة الأسماء كما ذكر على تعذّر الأوّل أو تعسره.

نعم الكلام فى تعيّن أصل القرعة و عدم تخيير القاضى فى اختيار الأوّل، فالأوّل فيما وردوا جميعا، بل مع ورودهم مترتّبين، فإنّ الورود أوّلا- لا- يوجب الحق الملزم للسابق حتى تجب القرعة لإخراجه و ما تقدم من لزوم التسوية على تقدير القول به لا ينافى التخيير فى المقام، فإنّها بالإضافة إلى المتخاصمين فى واقعة لا بين الخصم فى واقعة و بين خصم للآخر فى واقعة أخرى، و هذا فيما إذا لم يشترط على القاضى فى نصبه تقديم السابق، و إلّا فعليه رعايته مع إحراز السابق، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۴

[السادسة: إذا قطع المدّعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع]

السادسة: إذا قطع المدّعى عليه دعوى المدعى بدعوى لم يسمع (۱) حتى يجيب عن الدعوى و تنتهى الحكومة ثمّ يستأنف هو.

---

(۱) إذا قطع الخصم دعوى خصمه بدعوى أخرى لا تسمع منه حتى يجيب عن الدعوى و يحكم القاضى فيها. و كذا إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، بمعنى أنّه لا- تسمع دعوى خصمه حتى يجيب عن تلك الدعوى بالإنكار أو بالاقتدار أو بغيرهما و يحكم القاضى فيها، و كلّ ذلك بملاحظة ان السابق و المبادر بطرح دعواه لسبقه فى دعواه أحق بالقضاء بناء على ما تقدم من كون

ذلك موجبا للحق الملزم و لا يبعد كون ذلك من الأدب إلّا إذا احتمل القاضى الارتباط بين الدعويين، بحيث يظهر من الاستماع إلى الثانية الحال فى بعض الخصوصيات فى الدعوى الأولى.

و لو ابتدرا معا فالذى على يمين خصمه أولى بالدعوى، و قد حكى على ذلك الإجماع عن السيد و الشيخ- قدّس سرّهما-، و يستدل على ذلك بخبر محمد ابن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- «قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام» «۱»، و صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فكن عن يمينه» «۲».

و لكن لا يخفى أنّ الخبر لضعف سنده و عدم تمام دلالته لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ سند الصدوق- قدّس سرّه- إلى محمّد بن مسلم فيه على بن أحمد بن عبد اللّه عن أبيه، و ابن الجنيد و ان روى الخبر عن كتاب الحسن بن محبوب و لكن سنده إلى كتابه غير معلوم لنا، مع أنّ المراد بصاحب اليمين من كان جالسا يمين خصمه لا يمين القاضى غير ظاهر.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۵ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۲: ۱۶۰.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۵ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۵

[السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى]

السابعة: إذا بدر أحد الخصمين بالدعوى فهو أولى، و لو ابتدرا بالدعوى سمع من الذى عن يمين صاحبه، و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء (۱) ما لم يستضرّ أحدهما بالتأخّر، فيقدم دفعا للضرر، و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق أو إبطال (۲).

أمّا صحيحة عبد اللّه بن سنان فلا دلالة لها على حكم طرح الدعوى و أحقية صاحب اليمين فى طرحها، لأنّ المحتمل أن يكون الجلوس بيمين الخصم مستحبا فى نفسه، و لذا ذكر فى الوسائل عنوان الباب: استحباب القيام عن يمين الخصم و يستحب للقاضى أن يقدم الذى عن يمين خصمه بالكلام، و أمّا دعوى الإجماع فيظهر الحال فيها بمراجعة كلمات الأصحاب، و عدم كونه على تقديره مدركيا.

(۱) يعنى إذا كان أحد المدعيين حاضرا و الآخر مسافرا، فلا يكون المسافر أحق بالقضاء بينه و بين خصمه من الحاضر، فيقرع بينهما فى سماع الدعوى ما لم يكن تأخير المسافر مضرّا بحاله، و إلّا يقدم.

و قيل: ان تضرر المسافر لا يوجب سقوط حق الحاضر، كما فى الازدحام على سائر الحقوق المشتركة، و يجاب بأنّ التخيير فى المقام حق القاضى و ترجيحه، و مع عدم المرجح الشرعى يرجع إلى القرعة فى حق تخييره و لزوم الضرر على أحدهما دون الآخر مرجح شرعى فى حق تخييره، و مثل المسافر المرأة التى تتضرر بالتأخير عن بيتها.

و لكن لا يخفى أنّ لزوم الممانعة عن تضرّر الآخر مطلقا غير محرز.

(۲) ذكر- قدّس سرّه- انّه يكره للقاضى الشفاعة إلى أحد الخصمين فى إسقاط حقّه بعد ثبوته بحكمه أو إبطاله حقّه فى الدعوى على خصمه قبل حكمه، و يستدل على ذلك بما عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم حيث سأله أسامة حاجة لبعض من خاصمه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۶

[المقصد الثانی: فی مسائل متعلّقة بالدعوی]

اشارة

المقصد الثانی: فی مسائل متعلّقة بالدعوی، و هی خمس:

[الأولی: قال الشیخ لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهولة]

الأولی: قال الشیخ لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهولة (۱)، مثل أن یدعی

إلیه فقال: «یا أسامة لا تسألنی حاجة إذا جلست مجلس القضاء فإنّ الحقوق لیس فیها شفاعة» «۱».

و علی ذلک فقد یتراءی التنافی بین ذلک و بین ما تقدم من أنّه یستحب للقاضی ترغیب المتخاصمین فی الصلح الموجب للإغماض عن بعض الحق، و ربّما یجمع بینهما بجعل الصلح أمرا متوسطا بین الاسقاط و عدمه أو ترغیبهما فی الصلح ببعث القاضی شخصا فی ترغیبهما، أو کون الترغیب إلی الصلح مستثنی من الحکم المزبور لکون الصلح أمرا مرغوبا إلیه و کون إصلاح ذات البین أفضل من الصدقة، خصوصا فیما کان الترغیب قبل ثبوت الحق، حیث إنّ ظاهر الروایة مع ضعف طریقه الشفاعة بعد ثبوته کما لا یخفی.

(۱) المحکی عن الشیخ و أبی الصلاح و بنی حمزة و زهرة و إدریس و العلّامة فی التحریر و التذکرة لا تسمع الدعوی فیما إذا کان المدّعی به مجهولا لم یعیّنه المدّعی أو لم یصفه بما یرفع جهالته، کما إذا ادّعی أنّ له علی الآخر فرسا أو ثوبا من غیر ذکر خصوصیاته و أوصافه، و علّل ذلک بعدم الفائدة فی سماعها، حتی فیما لو أقرّ به خصمه، حیث لا یمکن أخذ المعترف بشیء معیّن.

و أورد علی ذلک بأنّهم ذکروا سماع الإقرار بالمجهول، و یکلّف المعترف بالتفسیر، فإن فسّره بشیء تعیّن أخذه به لنفوذ إقراره علی نفسه، و مع عدم تفسیره یؤخذ بما یصدق علیه عنوان المدعی به، و علی ذلک فاللازم سماع دعوی المدّعی

---

(۱) المستدرک: ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب القاضی، الحدیث ۲: ۳۵۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۲۷

فرسا أو ثوبا و یقبل الإقرار بالمجهول و یلزم تفسیره، و فی الأوّل إشکال، و أمّا لو کانت الدعوی وصیة سمعت و إن کانت مجهولة لأنّ الوصیة بالمجهول جائزة،

لإمکان اعتراف خصمه به، فیلزم لسماع الإقرار بالمجهول سماع الدعوی المجهولة.

و دعوی الفرق بین الإقرار بالمجهول و الدعوی المجهولة حیث إنّه لو لم یسمع الإقرار بالمجهول لأدی ذلک فی بعض الأحیان إلی رجوع المعترف عن اعترافه، و فیه ذهاب حق الغیر، بخلاف الدعوی المجهولة، فإن إلزامه بالتفسیر لا یوجب رفع یده عن دعواه أو ذهاب حقّ الغیر علیه، و لکن لا یخفی ما فیها، حیث إنّ المدّعی قد لا یتمکن من تفسیر دعواه و تعیین المدّعی به لنسیانه، فعدم سماع دعواه یوجب رفع یده عنها، و ان یضیع حقه علی الغیر.

و قال بعض: انّه لو کانت الجهالة فی الدعوی بحیث توجب خروج ما یذکره عن عنوان الدعوی علی الغیر فی بعض احتمالاتها فلا تسمع، إلّا مع رفعه ذلک الاحتمال. و إذا قال إنّه أتلف علیّ ثوبا و احتمل کونه ممّا لا مالیة له فلا تسمع دعواه، بخلاف ما إذا قال

أتلف عليّ ثوبا من أموالى، و قال بعض آخر: أنّه لو كان المدعى به من القيميات و فرض تلفه فيعتبر فى سماع دعواه تعيين القيمة التى يـدعيها على خصـمه، و إن كـان مثليـا فيعتبر تعيين أوصـافه بما يعتبر فى بيعه سـلفا و لا يعتبر تعيين القيمـة و إن كان من الأثمان فيعتبر جنسه و وصفه و نقده و قدره.

قال فى الدروس تبعا للشيخ- قدّس سرّه-: لا يعتبر فى بيع شيء بثمن تعيين نقده لانصرافه إلى نقد البلد بخلاف الدعوى فإنّه يعتبر فى سماعها تعيين النقد لأنّ الدعوى اخبار عن الماضى فيحتمل النقود المختلفة بخلاف البيع حيث

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٨

و لا بدّ من إيراد الدعوى بصيغة الجزم (١) فلو قال: أظن أو أتوهّم لم يسمع، و كان

إنّه إنشاء و إيجاب فى الحال ينصـرف إطلاقه إلى نقد البلد، و أمّا دعوى الوصـية فإنّها تسـمع و ان كانت الوصـية المدّعى بها لم تعيّن لصحّة الوصية بالمجهول.

أقول: لا يعتبر فى سـماع الـدعوى ارتفاع الجهالـة عنها، بل لو كانت الـدعوى بحيث مع إقرار الخصم يلزم بالتفسـير، و مع اعتـذاره عن التفسير بالنسيان و نحوه يلزم بما يصدق عليه عنوان المدّعى به، كان هذا كافيا كما تقدم، و لا دليل على اعتبار الأزيد من ذلك، و ممّا ذكر يظهر وجه المناقشة فيما ذكره فى الدروس و لا حاجة إلى الإعادة.

(١) ذكروا فى سـماع الدعوى بإلزام الخصم بالجواب كون دعواه جازمة، فلا تسـمع فيما كانت على وجه التردّد أو الظن، كما إذا قال: احتمل أو أظن أنّ لى عند زيد أو عليه مالا، و يقال فى وجه اعتبار الجزم تارة بعدم صدق الدعوى بدونه.

فإنّها الإخبار الجازم، و أخرى بأنّ من لازم الدعوى شرعا أنّه إذا ردّ المنكر اليمين على المدعى أو نكل أن يتمكن من الحلف عليها.

و لكن لا يخفى ما فى الاستدلال بهما، فإنّ صدق المنازعة و المخاصمة، بل صدق الدعوى فى موارد الاتهام ظاهر، و جواز ردّ الحلف أو الرد بالنكول يثبت فى غير موارد الجزم أيضا، غايـة الأمر لا يجوز للمـدّعى فى تلك الموارد الحلف بحقّه لعـدم علمه، فيلزم إيقاف الدعوى أو سقوطها كما يأتى.

نعم قد يستدل على عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم بوجه آخر، و هو: أنّ الامارة أو الأصل الجارى فى الواقعة عند القاضى يعتبر فى حق المدّعى المزبور أيضا لفرض عدم علمه بالواقع، و مقتضى الاعتبار فى حقه أيضا عدم جواز إلزام خصمه بشيء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٢٩

بعض من عاصرناه يسمعها فى التهمة و يحلف المنكر، و هو بعيد عن شبه الدعوى.

و لكن هذا الاستدلال لا يوجب عدم سماع دعواه فيما إذا كان فى البين بيّنة، أو يحتمل أن يعترف بحقّه لو كان خصمه ملزما بالجواب لاحتماله علمه بالواقع و ثبوت حقّه. اللهم إلّا أن يقال إنّ مع البينـة بحقه تكون دعواه جازمة لأنّها علم بالواقع، و أمّا مع عدمها فاحتماله علم خصـمه بحقّه على تقـديره لا يفيده شـيئا فى سـماع دعواه حيث انّ الامارة أو الأصل حجّة لعدم ثبوت الحق له ليطالب به الآخر أو يدعى عليه.

نعم لاـ يجوز لمن لاـ جزم له بحقّه و لكن كـان مقتضـى الأصل المعتبر ثبوت حقّه أن يوجه الـدعوى إلى غريمه اعتمادا عليه، كما إذا استدان منه آخر و شكّ فى أنّه أدّى ما عليه من الـدين أم لا فيجوز له الأخـذ باستصـحاب بقاء الـدين على عهدته و يوجّه إليه الطلب بالوفاء، فالقول بعـدم سـماع الـدعوى على الغير فى هذه الصورة بلا وجه، و كذا ما كان له عند غيره مالا فاحتمل عدم ردّه عليه و نحو ذلك، و على الجملة فالقول باعتبار الجزم فى سماع الدعوى على الإطلاق لا يمكن المساعدة عليه.

ثمّ إنّه لاـ يجوز له فى موارد عـدم سـماع الـدعوى بغير جزم إبراز الـدعوى بصورة الجزم فـإنّ الاخبار عن جزم يـدخل فى الكـذب، و

التوريـة لاـ تنفعه مع عـدم حزمه، فلو علم القاضـى انّه غير جـازم فى دعواه و أنّه أبرزها بصورة الجزم فلا يرتب عليه أثرا، نعم مع عـدم علمه بـذلك يكون ظاهر قوله معتبرا فى كونها على نحو الجزم كان كاذبا أو مورّيا، و هذا بخلاف موارد الدعوى اعتمادا على الأصـل المعتبر، فإنّه يجوز فيها الدعوى بنحو الجزم مع كون مفاد الأصل التعبد بالعلم.

و قـد يقال: انّ عـدم سـماع الدعوى مع عدم الجزم يختص بما إذا كان من يدعى عليه مأمونا، و أمّا إذا كان متّهما فتسـمع الدعوى فى موارد الاتهام، كما فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۰

[الثانية: قال: إذا كان المدعى به من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده]

الثانية: قال: إذا كان المدعى به من الأثمان افتقر إلى ذكر جنسه و وصفه و نقده، و إن كان عرضا مثليا ضبطه بالصفات و لم يفتقر إلى ذكر قيمته و ذكر القيمة

دعوى القتل و السـرقة و نحوهما فيما كان المدّعى عليه غير مأمون، و عن بعضـهم تخصيص السماع فى المال الذى يكون بيد المدعى عليه للعمل فيه للمدعى أو استيفائه منه حقّه أو بوجه العارية و الوديعة، فإنّ صاحب المال إذا اتّهمه بالخيانة بإمساك المال أو إتلافه أو الإفراط و التفريط فيه و كان متهما غير مأمون تسمع دعواه، و إن لم يكن اتهامه على نحو الجزم.

أقول: مدلول الروايات التى وردت فى ضـمان الأجير غير المأمون لا يرتبط بسـماع الدعوى، بل مفادها أنّ الأجير ضامن لما تلف بيده، إلّا إذا أقـام بيّنـة أنّه لم يحصـل منه إفراط و تفريـط و إتلاـف من غير توقف الضـمان على حلف المالك. و هـذا الحكم و ان التزم به جماعة و لم يلتزم به الأكثر بل المشهور ببعض الروايات الظاهرة فى خلافه، إلّا أنّه على كل تقدير خارج عن البحث فى المقام.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّه إذا تردد المدعى عليه بين اثنين أو أكثر كما إذا قال: قتل ابنى أحد هذين، أو سـرق أحدهما مالى، أو أنّ أحدهما مديون لى، فهل على القاضى سماع الدعوى بمطالبتهما بالجواب أو أنّه يعتبر فى سماعها تعيين المدعى عليه؟

فقـد يقال بعـدم السـماع لعـدم وجوب الجواب على كل منهما لعـدم توجه الـدعوى إليه بل لعـدم فائدة الجواب لو قال كل منهما نعم واحـد منّا كـذلك، حيث إنّ الإقرار كـذلك لا يوجب على المقرّ شـيئا، فإنّه ليس من الإقرار على النفس، بل الإقرار المزبور جامع بين الشـهادة على الغير و الإقرار على النفس، بل لو كان للمدّعى بيّنة على دعواه، و شـهدت تلك البيّنة بالحق من غير تعيين من عليه الحق لاـ تفيـد شـيئا، إذ البيّنـة لا تزيـد على علم القاضـى بالحال و أنّه لا يمكن له الحكم على أحـدهما بـذلك العلم الإجمالى إلّا فى موارد خاصة، كتقسيط الدية عليهما أخذا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۱

أحوط، و إن لم يكن مثليا فلا بدّ من ذكر القيمة و فى الكل إشكال ينشأ من مساواة الدعوى بالإقرار.

بما ورد فى الميت يوجد بين أهل قرية و نحوها.

و يظهر من المحقق فى باب القصاص السماع فى مثل دعوى القتل، قال:

و لو قال قتله أحد هذين سـمع، إذ لا ضـرر فى إحلافهما و لو أقامت بيّنة سـمعت لإثبات اللوث. و فى المسالك: الوجه فى سماع هذه الدعوى عدم تضـررهما بإحلافهما بخلاف عدم سـماع الدعوى، حيث إنّ المدّعى يتضرّر بذهاب حقه لاخفاء القاتل قتله غالبا حتى لا يـدّعى عليه غالبا، و كـذلك غير القتل من السـرقة و الخيانـة و الإتلاف فإنّه فى أمثال هـذه تسـمع الدعوى على المردّد بخلاف دعوى

القرض و البيع و نحوهما ممّا لا يكون في الغالب إلّا ظاهرا فإنّه لا تسمع في هذه الموارد الدعوى على المردّد و احتمل السماع حيث انّ الإنسان عرضة للنسيان و لا يتوجّه من سماع الدعوى ضرر على المدّعى عليهم و لا يثبت بالبينة بالمردّد الحق على أحدهم بل يثبت اللوث يعنى التهمة و يتعين من عليه الحق بالحلف.

أقول: لو ثبت أنّ مع ثبوت الحق على المردّد بين محصورين يقسّط ذلك الحق عليهم أو يخرج من عليه الحق بالقرعة تسمع الدعوى على المردّد، حيث يثبت التقسيط أو الإخراج بالقرعة بإقرارهم، و كذا مع نكولهما أو ردّهما اليمين على المدّعى، و أمّا إذا لم يثبت التقسيط و الإخراج بالقرعة كما هو كذلك بالإضافة إلى التقسيط في غير مورد القتل، و كذا الإخراج بالقرعة لو لم تتم دعوى استفادته من بعض ما ورد فيها، بل من الآية المباركة الواردة في قضية يونس- على نبينا و آله و عليه الصلاة و السلام. فمقتضى الأصل من ناحية عدم ثبوته على كل واحد منهما أو منهم كما ذكروا في مثل الجنابة المردّدة بين شخصين عدم مطالبة أي منهما أو منهم بشيء.

لا يقال: لا يجرى في المقام الأصل في ناحية عدم الاشتغال في حق كل واحد لكون جريانه كذلك ضرر على المدعى، فكما أنّ حديث نفى الضرر ينفى

[الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدّعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلک على التماس المدّعى؟]

الثالثة: إذا تمت الدعوى هل يطالب المدّعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدّعى؟ فيه تردد (۱) و الوجه أنّه يتوقف لأنّه حق له فيقف على المطالبة.

الأحكام الواقعية عند كونها ضررية كذلك تنفى الأحكام الظاهرية الموجبة للضرر، و بتعبير آخر حكومة قاعدة نفيه على حدّ سواء بالإضافة إلى الأحكام المجعولة واقعية كانت أو ظاهرية.

فإنّه يقال: لو سلم ذلك فمن المقرّر في محلّه أنّه لا حكومة لقاعدة نفى الضرر في موارد تعارض الضررين الموجب لعدم كون الرفع امتنانا و المقام منه، فإنّه كما أنّ في جريان الاستصحاب في حقّ كل منهما ضررا على المدّعى فرفع الاستصحاب أيضا فيه ضرر على المدّعى عليهم.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال في سماع الدعوى مع الترديد في صاحب الحق، كما لو ادّعى اثنان أنّ لأحدهما على فلان حقّ كذا، و أنّه بناء على التقسيط أو الإخراج بالقرعة تسمع الدعوى، بل السماع في الفرض أظهر، حيث يمكن أن يوكّل أحدهما الآخر في الدعوى عليه، و مع هذا التوكيل يمكن للوكيل توجيه الدعوى الجازمة إليه، غاية الأمر مع استيفاء الحق باعترافه أو بنكوله أو بردّه اليمين يقسط ذلک الحق لهما، أو يخرج صاحبه بالقرعة، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- إنّه إذا تمت الدعوى من المدّعى فهل على القاضى أن يطالب المدعى عليه بالجواب أو أنّ مطالبته يتوقّف على التماس المدّعى، ففى ذلك تردّد، فإنّ الشيخ- قدّس سرّه- حكى عنه قولان، و لكن الوجه أنّه يتوقف على التماسه فإنّ الجواب يرجع إلى حق المدّعى فيتوقف على مطالبته.

و ذكر في الجواهر: أنّ الأوجه خلاف ذلك، و أنّ مطالبة الحاكم لا يتوقف على التماس المدّعى للأصل، و انّ الجواب حق للحاكم فإنّه المكلّف على فصل الخصومة المتوقف على المطالبة بالجواب.

و عن الشهيد الثاني وجه آخر لعدم التوقف و هو قيام القرينة الحالية على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۳

[الرابعة: لو ادّعى أحد الرعية على القاضى]

الرابعة: لو ادّعى أحد الرعية على القاضى، فإن كان هناك إمام رافعه إليه و إن لم يكن و كان فى غير ولايته رافعه إلى قاضى تلك الولاية و إن كان فى ولايته رافعه إلى خليفته (۱).

مطالبة المدّعى و إرادته الجواب؛ إذ الإنسان لا يحضر بخصمه مجلس الحكم إلّا لإرادته فصل الخصومة المتوقف على سماع القاضى جواب خصمه، و أورد فى الجواهر فى هذا الوجه بأنّ مقتضاه توقف المطالبة بالالتماس و لو كان ذلك الالتماس بشاهد الحال.

أقول: إن كان المراد بالأصل الأصل العملى فلا ينبغى التأمّل فى أنّ مقتضاه عدم وجوب مطالبة المدّعى عليه بالجواب عند التماس المدّعى حيث إنّ الوجوب فى الفرض محرز و مع عدم التماسه مدفوع بأصالة البراءة.

و إن كان المراد منه الإطلاق فى مثل قوله سبحانه كُونُوا قَوّامِينَ بِالْقِسْطِ «۱» فقد تقدم انّ وجوب القضاء على القاضى مشروط بمطالبته منه، و لا- يجب عليه إحضار المتخاصمين من غير مراجعتهما إليه أو التماس المدّعى القضاء، و على ذلك فمع مطالبة القضاء فعلى القاضى أن يطالب خصمه بالجواب التمس المدّعى أو لم يلتمس.

(۱) حاصله أنّه إذا كان لأحد الرعية دعوى مال أو حق على القاضى تسمع تلك الدعوى على القاضى كما تسمع دعوى أحد الرعية على مثله، كما يشهد بذلك ما نقل عن على- عليه السلام- من حضوره مع خصمه عند شريح، و ثبوت منصب القضاء لا ينافى ما ثبت فى الشرع من كون البيّنة على المدّعى و اليمين على من ادّعى عليه.

و على ذلك فإن كان فى البين أمام رفع الرعية المزبورة المحاكمة إليه، و إن لم

---

(۱) النساء: ۱۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۴

[الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم]

الخامسة: يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم (۱) و لو قاما بين يديه كان جائزا.

يكن الإمام فى متناول يده، و كان المدّعى فى غير ولاية خصمه رفع دعواه إلى قاضى ذلك البلد و يجب على القاضى المخاصم الحضور إلى ذلك القاضى و لو بوكيله، أمّا إذا كان المدّعى فى بلد خصمه رفع دعواه إلى خليفة خصمه، و لو طالب المدّعى خصمه بالحضور إلى غير خليفته من قاضى بلد آخر لم يجب عليه الإجابة، لأنّ قضاء خليفته نافذ فى حقّهما لخروج الخليفة عن طرف المخاصمة، كما أنّه ليس وكيلا عن القاضى ليجرى عليه حكم موكّله، كما يشهد بذلك حضور على- عليه السلام- مع خصمه عند شريح.

أقول: قد تقدم إنّ تعيين القاضى للمدّعى، حيث إنّه صاحب الدعوى، فله إثبات حقّه بأى طريق و عليه لو كان للقاضى المدّعى عليه خليفة فله طرح دعواه عند قاضى بلد آخر، و يجب على القاضى المدّعى عليه الحضور عنده مع عدم كونه ضرريا أو حرجيا، و يكون

قضائه نافذا فی حقّهما، و إن فرض نصب ذلک القاضی لأهل ذلک البلد لأنّ المراد بالأهل من حلّ فیه. و إن کان وطنه غیره، کما فی المسافر، و یجری ذلک فی اختلاف أحد رعیة مع مثله، و لا فرق فیما ذکر بین کون الدعوی علی القاضی المال و غیره من الحق أو القضاء علیه بالجور بما یوجب ضمانه و لو من بیت المال، و قد تقدم الکلام فی ذلک آنفا.

(۱) قیل: إنّ الجلوس کذلک یوافق الأدب فیستحب، کما أنّه لو قاما بین یدیه جاز، لأنّه لیس فی القیام بین یدیه ما ینافی کرامة القاضی، و ربّما یؤیّد الجلوس بین یدیه بالمروی عن علی- علیه السلام- فی قضیة مخاصمته مع الیهودی و جلوسه بجنب شریح: «لو کان خصمی مسلما لجلست معه بین یدیک» «۱»، و النقل ضعیف کما تقدم، و لذا یصلح للتأیید.

(۱) المغنی لابن قدامة: ۱۱/ ۴۴۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۵

[المقصد الثالث: فی جواب المدعی علیه]

اشارة

المقصد الثالث: فی جواب المدعی علیه.

[و هو إمّا إقرار أو إنکار أو سکوت]

اشارة

و هو إمّا إقرار أو إنکار أو سکوت (۱).

[أمّا الإقرار]

أمّا الإقرار: فیلزمه (۲) إذا کان جائز التصرّف.

(۱) إدخال السکوت فی جواب المدّعی علیه لا یخلو عن المسامحة، و لذا ذکر أنّ المراد بالجواب ما یصدر عن المدّعی علیه بعد الدعوی علیه فإنّ الجواب بهذا المعنی یطلق علی السکوت أو أنّ السکوت مع الإصرار علیه یجعل المدعی علیه ناکلا فیردّ معه الیمین علی المدّعی، فالسکوت مع الإصرار علیه کالإنکار و کأنّه بمنزلة الجواب بالإنکار و ترک الیمین.

أقول: إطلاق الجواب علی السکوت لا یخرج عن المسامحة و کونه مع الإصرار علیه کالإنکار و النکول عن الیمین یدخله فی الإنکار حکما فیکون إطلاق الجواب علیه بالعنایة، و أیضا لا ینحصر الجواب بما ذکر، بل یمکن أن یجیب بلا أدری و سیأتی الکلام فیه فیما أجاب به فلا وجه لحذفه عن أقسام الجواب، اللّهمّ إلّا أن یقال المهم فی المقام الجواب المترتّب علیه الأثر و الجواب بلا أدری لا أثر له کما یأتی.

(۲) ذکر- قدّس سرّه- أنّه إذا أجاب الخصم بالإقرار بالمدّعی به یثبت الدعوی به، فیما إذا کان المقرّ واجد لشرائط نفوذ الإقرار.

و یبقی الکلام فی أنّه یجوز الحکم فی الواقعة بمجرّد سماع الحاکم إقرار المدّعی علیه أو یتوقف علی التماس المدّعی، قیل و القائل

الشيخ- قدّس سرّه- فى المبسوط عدم جواز الحكم إلّا بعد مطالبة المدّعى لأنّ الحكم حق للمدّعى فيتوقف على مطالبته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۶

....

أقول: ينبغى التكلّم فى المقام فى جهات: نفوذ إقرار المدعى عليه و الحاجة بعد الإقرار إلى حكم الحاكم و ما يترتب على الحكم بعده.

أمّا الجهة الأولى: فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ إقرار الشخص على نفسه إذا كان المعترف على الأوصاف المعتبرة فيه المذكورة فى باب الإقرار، كما يشهد بذلك استقرار السيرة العقلائية على أخذ المقر على نفسه باعترافه من غير ثبوت الردع، بل المنقول عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قوله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» «۱»، و قد ورد فى الروايات المتفرقة فى أبواب مختلفة ما يشهد على نفوذ اعتراف الشخص على نفسه، كالتى وردت فيمن أقرّ بارتكابه موجب الحد، و كالّتى وردت فى اعتراف بعض الورثة بالوصية للغير، و ما ورد فى عدم سماع الإقرار مع الإكراه على المقرّ، و ما ورد فى عدم سماع شهادة الفاسق إلّا على نفسه إلى غير ذلك.

و أمّا الجهة الثانية فقد يقال فى المقام: بأنّ ثبوت الحق بالإقرار لا يتوقف على حاكم الحاكم، و أنّه إذا كانت العين بيد المقرّ فيجوز له أخذها من يده بمجرّد اعترافه، كما أنّه لو كان من قبيل الدين فيجوز له المطالبة به بخلاف البيّنة فإنّ اعتبارها بالإضافة إلى الحاكم خاصة لأنّ المدّعى عالم بحقّه كما هو فرض دعواه و خصمه منكر لحقه و لما يشهد به البيّنة و لو بادعائه خطأ الشاهدين، و بتعبير آخر البيّنة بنفسها لا ترفع الخصومة بين الخصمين بخلاف اعتراف الخصم، فإنّ مع الاعتراف لا خصومة ليحتاج فصلها إلى الحكم.

أقول: ربّما يكون جواب الخصم اعترافا بالحق بنظر القاضى و لا يلتفت إليه المدّعى، و ربّما يكون اعترافه مع عدم الشرائط أو بعضها بنظر القاضى، و ربّما

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب الإقرار، الحديث ۲: ۱۳۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۷

و هل يحكم به عليه من دون مسألة المدعى (۱)؟ قيل: لا لأنّه حق له فلا يستوفى إلّا بمسألته.

يدعى المعترف أنّ اعترافه كان بنحو الاشتباه فيمتنع عن إيصال حق المدعى إليه فالقطع لكل ذلك يكون بحكم الحاكم، كما إنّه إذا حكم الحاكم فى الواقع يكون حكمه نافذا حتى بالإضافة إلى السائرين ممّن لم يعلموا بإقرار الخصم للمدعى.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى صحّة حكم الحاكم و نفوذه حتى فيما إذا اعترف الخصم بالدين عليه و أداه إلى المدّعى بعد اعترافه و قبل حكم الحاكم، لأنّ حكم الحاكم بالدين و أنّه ادّاه قاطع لنشوب المنازعة و المخاصمة بينهما بعد ذلك و لو بدعوى أنّ الاعتراف و الدفع وقع منه خطأ.

أمّا الكلام فى الجهة الثالثة: فقد تقدم انّ المترتّب على قضاء القاضى إنهاء المخاصمة، ثمّ إنّ للقاضى أن يتصدى بعد القضاء لتنفيذه إذا وجد المدّعى عليه ممتنعا عن العمل بمقتضاه، لأنّ هذا داخل فى الأمور الحسبية التى من شؤون الفقيه إذا تمكن عليه، كما هو الحال فى القاضى المنصوب بالنصب الخاص، بل يظهر من بعض الروايات انّ التنفيذ يدخل فى شؤون القاضى بأن يتصدى لبيع مال المديون الممتنع فى أداء دينه و نحو ذلك على نحو ما يأتى.

نعم لو كان فى البين من هو منصوب ممّن له ولاية شرعية لاستيفاء الحقوق و تنفيذ قضاء القاضى لم يكن للقاضى التصدى للتنفيذ، بل عليه إيصال قضائه فى الواقعة إليه و لو بالكتابة كما تقدم.

(۱) لم يثبت أنّ الحكم فى الواقعة بعد رفعها إلى القاضـى للحكم حق للمدّعى، بأن لا يجوز و لا ينفذ قبل مسألته، بل مقتضـى ما ورد فى ميزان القضاء جواز الحكم بعد تمامه، فيعمّه ما دلّ على نفوذه من غير فرق بين تمام الميزان

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۸

و صورة الحكم أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله (۱).

و لو التمس أن يكتب له بالإقرار لم يكتب حتّى يعلم اسمه و نسبه أو يشهد

بالإقرار النافذ أو بغيره من تمام البيّنة التى أقامها المدّعى بدعواه أو استحلاف المدعى عليه، كما إذا لم يقم بيّنة على دعواه.

و على الجملة جواز الحكم يترتب على تمام ميزانه بعد رفع الواقعة إليه للحكم فيها، سواء أ كان المنتفع بالحكم المزبور هو المدّعى أو المدعى عليه، و كما أنّ الحكم مع انتفاع المدعى عليه أو عدم انتفاعه من حق المدعى عليه كذلك الحال بالإضافة إلى المدعى.

(۱) قد ذكرنا سابقا الفرق بين الفتوى و القضاء، و انّ الإفتاء هو تعيين المجتهد الكبرى الشرعية المجعولة المستفادة بنظره من مدارك الأحكام، فيعتبر هذا التعيين بالإضافة إلى العامى على ما هو المقرر فى باب الاجتهاد و التقليد، و يكون تطبيقها على مواردها بيده.

و انّ القضاء- سواء أ كانت المخاصمة فى الواقعة الخارجية ناشئة عن الاختلاف فى تعيين الكبرى الشرعية كما إذا اختلفت الزوجة مع سائر الورثة فى إرثها من العقار بأن قالت: إنّها ترث منها، و أنكر ذلك سائر الورثة، أم كانت ناشئة عن الاختلاف فى تحقق الموضوع أو المتعلق كما فى دعوى امرأة أنّها زوجة أبيهم المتوفى و نفيهم كونها زوجته- هو تعيين الحكم الجزئى فى الواقعة، سواء أ كان بتطبيق الكبرى الكلية المجعولة فى الشرع بتلك الواقعة أم بتعيين الموضوع و المتعلق لتمام المثبت أو النافى لهما بقصد إنهاء الخلاف و قطع الخصومة.

و الظاهر عدم الفرق بين أن يكون إنشاء الحكم الجزئى بالتلفظ أو بالكتابة و كان إنشاؤه بالدلالة المطابقية أو الالتزامية، و كذا الحكم بتحقق الموضوع أو المتعلق بقصد انهائها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۳۹

شاهدا عدل (۱)، و لو شهد عليه بالحلية جاز و لم يفتقر إلى معرفة النسب و اكتفى بذكر حليته.

و لو ادعى الإعسار (۲) كشف عن حاله فإن استبان فقره أنظره و فى تسليمه

---

(۱) يظهر ممّا تقدم الحال فى كتابة القاضـى حكمه بعد إنشائه أو كتابة إقرار المعترف بوجه، حيث ذكرنا أنّ الكتابة بعد الحكم لا تدخل فى القضاء، و لكن إذا توقف تنفيذه على كتابته أو التمس بها المحكوم له حتى لا يتمكن خصمه من تجديد المخاصمة بدعوى عدم القضاء و أراد القاضـى كتابته مباشرة أو تسبيبا فعليه أن يكتب بنحو يؤمن من التزوير بأن يكتب فيها اسم المقر و نسبه و كذا فى كتابة الحكم فيكتب: انّ فلان بن فلان قد اعترف عندى بكذا، و يشهد على اسمه و نسبه شاهدا عدل و لو عيّن القاضى المقر مع عدم معرفته باسمه و نسبه و عدم قيام شاهدى عدل بوصفه المميز له عن غيره، بنحو لا يمكن الاشتباه عادة كفى، كأن يكتب انّه اعترف عندى من يكون عينه اليسرى مقلوعة و لونه أسود و رجله اليمنى مقطوعة بكذا و كذا لفلان بن فلان. كلّ ذلك للأمن من التزوير أو خوف تجديد المخاصمة.

و قد تقدم أيضا أنّ الكتابة و لو فى مورد توقف إنهاء المخاصمة خارجا و تنفيذها عليها لا يمنع عن أخذ الأجرة عليها، لأنّ مجرّد الوجوب لا يمنع عن أخذ الأجرة، نعم إذا كان القاضـى منصوبا و اشترط عليه كتابة القضاء أو أمر بها ولى الأمر لزم رعاية الشرط و الأمر.

(۲) ثمّ إنّ الموسر إذا امتنع عن أداء ما عليه بعد الحكم أجبر عليه، و مع مماطلته أو إصراره على الامتناع فالمذكور فى كلام جملة من

الأصحاب جواز عقوبته بالتغليظ عليه فى القول، و لو التمس غريمه حبسه حبس، بل ادّعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۰

إلى غرمائه ليستعملوه أو يؤاجروه روايتان أشهرهما الانظار حتى يوسر، و هل يحبس

بعضهم عدم الخلاف فى ذلك.

و لعل الظاهر منهم انّ للحاكم التخيير بين حبسه و تصدّيه للأداء من ماله، و لكن فى موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّا- عليه السلام- كان يفلّس الرجل إذا التوى على غرمائه ثمّ يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فإن أبى فيقسّم بينهم» «۱»، و فى بعض النسخ «كان يحبس الرجل إذا التوى» و لعله الصحيح، فالمتيقن من صورة تصدّيه الأداء عدم إمكان إجباره و لو بالحبس و التغليظ له و حبسه لمماطلته و منعه عن المنكر و إلزامه بأداء ما عليه من مال الغير.

و لو ادّعى الإعسار فقد ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّه كشف الحاكم حاله، فإن ظهر فقده المال أمهله، و لا يجوز مع ظهور فقره تسليمه إلى غريمه ليستعمله بإزاء الدين أو يوجره و لو مع مطالبته بهذا التسليم، و أن يظهر ذلك و لو مع عدم المطالبة من رواية إلّا أنّ الأشهر هو الانظار.

و لعلّ الأخذ برواية الانظار لموافقتها الكتاب المجيد قال اللّه سبحانه وَ إِنْ كٰانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ «۲»، و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه: «أنّ عليّا- عليه السلام- كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجة و إفلاس خلّى سبيله حتى يستفيد مالا» «۳»، و فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام-: «انّ امرأة استعدت على زوجها أنّه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا فأبى أن يحبسه و قال «إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْراً» «۴».

و لكن مع ذلك عن الشيخ فى النهاية أنّه يدفع إلى غرمائه ليوجروه أو

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۶ من أبواب الحجر، الحديث ۱: ۱۴۷.

(۲) البقرة: ۲۸۰.

(۳) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۱: ۱۴۸.

(۴) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۲: ۱۴۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۱

حتى يتبين حاله؟ فيه تفصيل ذكر فى باب المفلّس.

يستعملوه، لمعتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه «أنّ عليا- عليه السلام- كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم أجروه، و إن شئتم استعملوه» «۱»، و قد ظهر ممّا تقدم ضعفه.

أضف إلى ذلك انّ الأصل عدم ولاية الحاكم عليه بالتسليم و عدم ولاية الغريم بالإيجار، نعم لو كان المديون من أرباب الحرف و الصناعة و طلب الغريم استيجاره للعمل وجب على المديون القبول إذا كان فى العمل له أداء دينه كلا أو بعضا، بخلاف العمل لغيره، و لا يبعد جواز إجباره على الإجارة المزبورة، لأنّ المراد بإخلاء السبيل إطلاقه عن الحبس ليستفيد مالا، فلا ينافى الإجبار عليها مع إطلاقه عن الحبس.

ثمّ هل للحاكم حبس المديون المدعى الإعسار حتى يتبيّن حاله؟ عن جماعة منهم المصنّف فى كتاب المفلّس التفصيل، و هو أنّه إذا

أحرز المال لمدعى الإعسار سابقا و لو بثبوت دعواه عليه كما إذا كانت مخاصمة مع غريمه و قد أثبت الاقتراض على خصمه ففى مثل ذلك لا تقبل دعوى إعساره بل يحبس حتى يظهر حاله و لو بقيام البينة بإعساره بتلف أمواله أو تلف ذلك المال و يخلى سبيله، و أمّا إذا لم يعلم المال له سابقا كما إذا ادّعى عليه انّه قتل دابته فأقر به و ادعى إعساره، و فى الفرض لا يحبس و لعله لاستصحاب عدم المال، غاية الأمر لو ادعى غريمه عليه أنّه موسر و نكل عن الحلف على عدم يساره يحسبه الحاكم مع ردّ اليمين على مدّعى يساره أو بمجرّد نكوله على الخلاف فى جواز الحكم بمجرّد النكول أو أنّه

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۷ من أبواب الحجر، الحديث ۳: ۱۴۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۲

....

يكون بعد ردّ اليمين.

و لكن عن بعض أنّ مقتضى موثقة غياث بن إبراهيم المتقدمة عدم الفرق فى جواز الحبس إلى تبيّن العسر بين الفرضين، و دعوى عدم الإطلاق لها فإنّ مدلولها نقل الفعل و لعلّ الفعل كان فى فرض إحراز المال للمديون سابقا أو فى فرض دعوى المال بالاقتراض و نحوه يدفعها أنّ الحكاية لبيان وظيفة القاضى و لو كان ذلك فى بعض الفروض تعرّض- عليه السلام- لذكره.

أضف إلى ذلك أنّ ما قيل من أنّ استصحاب عدم المال له لا يثبت عسرة، فإنّ الاستصحاب المزبور ينفع فى مثل إعطاء الزكاة، حيث إنّ الفقر المعتبر فى مستحق الزكاة عدم ملكه قوت السنة و عدم الحرفة له، بحيث يتمكن معها على تحصيل قوتها، و يمكن إثبات عدم الملك و عدم الحرفة كذلك بالاستصحاب، بخلاف العسر، فإنّه العجز عن أداء الدين اللازم لعدم المال، و لا- يمكن ذلك بالاستصحاب.

و هل حبس المديون يختصّ بما إذا كان رجلا أو يعم المرأة أيضا؟ يمكن دعوى الإطلاق فيما تقدم، نعم لا يحبس الوالد لدين ولده، بل الوالدة لدين ولدها، لمنافاة طلب حبسهما لمصاحبتهما بالمعروف، و فى صحيحة الحسين بن أبى العلاء قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف- إلى أن قال:- أو كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يحبس الأب للابن».

و كذلك يشكل جواز حبس المديون المريض مع كون الحبس مضرّا بحاله بناء على تأخير إقامة الحد على المريض حتى برئه، كما سيأتى فى باب الحدود، و كذا فيما إذا كان فى البين مانع آخر ككونه أجيرا للغير و يكون الحبس منافيا للعمل لذلك الغير.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۳

[و أمّا الإنكار]

و أمّا الإنكار:

فإذا قال: لا حق له علىّ، فإن كان المدّعى يعلم أنّه موضع المطالبة بالبينة (۱) فالحاكم بالخيار، إن شاء قال للمدّعى أ لك بينة، و إن شاء سكت و أمّا إذا كان

---

(۱) إذا أجاب المدعى عليه بالإنكار فعلى المدعى إثبات دعواه بالبينة، و يطلبها الحاكم مقدمة لحكمه بالثبوت، نعم إذا علم المدعى أنّ إقامة البيّنة بدعواه وظيفته لا يجب على القاضى سؤال البيّنة عنه، بل يجوز له أن يسكت، كما هو ظاهر المصنّف- قدّس سرّه-، و

لكن لا يبعد لزوم المطالبة مطلقا، لأنّ القضاء فصل الخصومة و إنهائها و مع عدم المطالبة يبقى فى البين اعتذار المدعى لتجديدها، بأنّه كان لى بينة فلم أحضرها أيضا انتظارا لمطالبة الحاكم.

نعم لو كان المدعى عالما بأنّ إحضارها أيضا لا- يتوقف على مطالبة الحاكم لا يجب على القاضى سؤالها و إن يحتمل ذلك فى موارده أيضا سدا لباب تجديد المنازعة بدعوى المدعى الجهل بأنّ وظيفته إقامة البينة أو إحضارها بلا مطالبة القاضى و لكنه ضعيف كما يظهر ذلك بالتأمّل، نعم لو احتمل القاضى جهله ذكر له أنّ عليه إحضار البينة.

و أمّا إذا لم تكن للمدّعى بينة، أى لم يقم البينة بدعواه بعد المطالبة، و المراد من البينة المثبت لحقه، سواء كان شاهدى عدل أم غيرهما، كشهادة العدل و يمينه، كما إذا كانت الدعوى مالا، يذكر الحاكم للمدعى أنّ له استحلاف المدعى عليه إذا لم يعرف أنّ له ذلك، فإنّه يعتبر فى القضاء بحلف المنكر استحلاف المدعى، فإذا تبرّع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم بلا مطالبة المدعى فلا يجوز الحكم، كما عليه المشهور قديما و حديثا، بل قولا واحدا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۴

المدّعى لا يعلم أنّه موضع المطالبة بالبينة وجب أن يقول الحاكم ذلك أو معناه، فإن لم تكن له بينة عرّفه الحاكم أنّ له اليمين.

و يشهد لذلك موثقة عبد اللّه بن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال:

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له. قلت له: و إن كانت عليه بينة عادلة؟

قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه باللّه خمسين قسامة ما كان له و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله مما قد استحلفه عليه» «۱».

و فى خبر خضر بن عمرو النخعى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحده؟ قال: «ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئا، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على حقّه» «۲».

لا- يقال: ظاهر الموثقة و إن كان ما ذكر من كون الاستحلاف حق للمدعى فلا ينفذ حكم الحاكم بتبرع المدعى عليه بالحلف أو بمجرد إحلاف الحاكم، و كذا خبر النخعى، إلّا أنّ ظاهرهما أنّ ما يترتب عليه سقوط الحق هو يمين المدعى عليه بعد استحلاف المدعى، من غير حاجة إلى حكم الحاكم. و بتعبير آخر ظاهرهما عدم الحاجة إلى حكم الحاكم فى إنهاء الخصومة و سقوط حق الدعوى.

فإنّه يقال: ظاهر الموثقة و نحوها بيان وظيفة الحاكم عند حلف المنكر باستحلاف المدعى، و أنّه يحكم بانقضاء الخصومة و انهائها، خصوصا بملاحظة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۵

و لا- يحلف المدّعى عليه إلّا بعد سؤال المدّعى لأنّه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبة، و لو تبرّع هو أو تبرع الحاكم بإحلافه لم يعتدّ بتلك اليمين و أعادها الحاكم إن التمس المدّعى.

قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» «۱»، و ليست ناظرة إلى عدم الحاجة إلى الحكم بمجرّد حصول الحلف، كما أنّ ما دلّ على ثبوت الحق بالبيّنة لا- ينفى التوقف على الحكم فى موارد المخاصمة. و المتحصل أنّ طلب اليمين حق

للمدعى على المنكر، فمع عدم إقامته البينة بدعواه فله مطالبة المنكر باليمين، و له حق تأخير الواقعة و إيقافها كما هو ظاهر الموثقة.

و لا يبعد أن يقال: إنّ هذا فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق له، كما هو ظاهرها و ظاهر غيرها. و أمّا إذا كانت دعواه سقوط ما كان عليه من حق الغير، كما إذا ادعى أداء ما كان من دين الغير عليه الثابت باعترافه أو بالبينة، و أنكر الدائن أدائه فإن لم يقم البينة بالأداء و لم يرض بيمين الدائن لإرادته تأخير الواقعة و إيقاف الحكم فللحاكم إحلاف الدائن على عدم الأداء و حكمه ببقاء الدين.

و فى صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: فى كتاب على- عليه السلام-: «إنّ نبيا من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف اقضى فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، و قال: هذا لمن لم تقم له بينة» «۲» فإنّ ظاهرها كظاهر غيرها انّ التحليف وظيفة الحاكم مع عدم إقامة المدعى البينة، فيرفع اليد عن الإطلاق بمطالبة المدعى فيما كان دعواه ثبوت حق له على الغير و يؤخذ فى غيره بالإطلاق.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۶

ثمّ المنكر إمّا أن يحلف أو يردّ أو ينكل، فإذا حلف سقطت الدعوى و لو ظفر المدّعى بعد ذلک بمال الغريم لم تحلّ له المقاصّة (۱) و لو عاود المطالبة أثم و لم

---

(۱) أمّا سقوط الدعوى و عدم سماع تجديدها فقد تقدم الكلام فيه و أنّه مقتضى نفوذ القضاء و عدم سماع البينة بعده، و أمّا عدم جواز المقاصّة من مال الغريم فتدل عليه موثقة ابن أبى يعفور المتقدمة حيث ذكر- عليه السلام- فيها: «و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعاه قبله ممّا استحلفه عليه»، و لكن بما أنّ القضاء بحلف المنكر أو بغيرها لا يغيّر الواقع عمّا هو عليه لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجّته من بعض آخر، فأيّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنّما قطعت له به قطعة من النار» «۱».

يقال: إنّ المراد بذهاب الحق ذهابه فى دار الدنيا، بمعنى أنّه لا يجوز له فى دارها ترتيب آثار الحق له من جواز المطالبة و التقاص به، و فى خبر خضر النخعى المتقدم: «و ان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئا و ان تركه و لم يستحلفه فهو على حقه»، و نحوه ما فى خبر عبد اللّه بن وضاح قال: «كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخاننى بألف درهم- إلى أن قال:- فكتب أبو الحسن- عليه السلام-: لا تأخذ منه شيئا إن كان ظلمک فلا تظلمه و لولا أنک رضيت بيمينه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت يدک و لكنک رضيت بيمينه- الحديث» «۲»، و لكن مورد الخبر القضاء غير النافذ كما لا يخفى.

و فى صحيحة سليمان بن خالد قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن رجل وقع لى عنده مال فكابرنى عليه و حلف ثم وقع له عندى مال آخذه لمكان مالى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۸۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۷

تسمع دعواه، و لو أقام بينة بما حلف عليه المنكر لم تسمع، و قيل يعمل بها ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين.

الذى أخذه و أجحده و أحلف عليه كما صنع؟ قال: إن خانك فلا تخنه و لا تدخل فيما عتبته عليه» «۱».

و لكن فى معتبرة أبى بكر الحضرمى قال: «قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها، أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟

قال: فقال: نعم و لكن لهذا كلام- الحديث» «۲».

و لكن لا يخفى أنّ المعتبرة بناء على نقل الشيخ مضمرة، و على رواية الكلينى و الصدوق- قدّس سرّهما- مسندة، و عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- و لكن ليس على نقلهما فرض حلف و على تقديره أيضا تكون موثقة ابن أبى يعفور موجبة للجمع بين صحيحة سليمان بن خالد و المعتبرة، حيث يحمل الصحيحة على صورة الحلف بالاستحلاف و معتبرة أبى بكر على الحلف تبرعا.

و دعوى بما أنّ الحلف لا- يوجب ذهاب حق المحق واقعا فالموثقة ناظرة إلى ذهابه من حيث الدعوى و المطالبة فلا دلالة لها على عدم جواز المقاصة، و صحيحة سليمان بن خالد ظهورها يناسب الكراهة فلا تنافى معتبرة أبى بكر لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ حمل الموثقة على ما ذكر خلاف ظاهرها فإنّ ظاهرها تفريع نفى حق الدعوى على ذهاب ما يدعيه من الحق، و يلزم على ذلك عدم جواز المقاصة فلاحظ.

ثمّ إنّ الظاهر عدم جواز المقاصة من مال الغريم بعد استحلافه بلا فرق

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۸۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۷: ۲۰۴.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۲۰۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۸

و قيل: إن نسى بيّنته سمعت و إن أحلف و الأوّل هو المروى، و كذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه اليمين و هنا أولى، و أمّا لو أكذب الحالف نفسه جاز مطالبته (۱) و حلّ مقاصته مما يجده له مع امتناعه عن التسليم.

بين كون ما ادّعاه المدعى من الحق له دينا أو عينا. بل الظاهر عدم جواز الإمساك فيما لو ظفر المدعى بعد ذلك بنفس العين التى ادّعاها على ذى اليد الحالف، فإنّه و إن لم تخرج العين عن ملكه واقعا فيما لو كان صادقا فى دعوا و انّ القضاء لا- يبطل الملكية الواقعية، كما يشهد بذلك صحيحة هشام المتقدمة و غيرها: «فأيما رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنّما قطعت له به قطعة من النار»، إلّا أنّه لا يجوز له تكليفا بل وضعا ما ينافى القضاء و يعدّ معارضة للمنكر الحالف.

نعم يجوز للمدّعى المزبور ما لا- ينافى نقضه و لا يعد معارضة له، كما إذا استعار العين المزبورة من الحالف المنكر من يعتقد أنّها ملك المدعى، فإنّ الاستيذان من المدعى و الاذن للمستأذن لا يعد نقضا و لا معارضة للمنكر و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) بلا- خلاف ظاهر، فإنّ جواز مطالبة المنكر بالمال عليه مع تكذيبه نفسه و لو بعد الحلف و القضاء مقتضى نفوذ إقراره، و يبطل اليمين الذى حكم بها بذهاب حق المدعى.

لا يقال: ما دلّ على نفوذ الإقرار مع ما دلّ على أنّ الحلف من المدعى عليه يذهب بحق المدعى متعارضان بالعموم من وجه لافتراقهما فى الإقرار غير المسبوق بالحلف و فى الحلف غير الملحوق بالإقرار و يجتمعان فى الإقرار المسبوق بالحلف على النفى و يتعين الأخذ بما دل على أنّ اليمين يذهب بها الحق، لعدم عموم لفظى معتبر أو إطلاق كذلك فى ناحية نفوذ الإقرار، بل العموم مأخوذ من موارد مختلفة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۴۹

و إن ردّ اليمين على المدعى لزمه الحلف (۱) و لو نكل سقط دعواه.

فيكون اصطياديا فلا يكون محرزا مع الإطلاق أو العموم اللفظى على خلافه، و دعوى انصراف ما دلّ على أنّ اليمين يذهب بها الحق عن صورة تكذيب الحالف نفسه بعد ذلك لم يعلم لها وجه غير ما قيل من أنّ المرتكز فى أذهان المتشرعة و غيرهم إلزام المقرّ على نفسه باعترافه.

فإنّه يقال: مضافا إلى ما ذكر فى وجه الانصراف أنّه يتعين الأخذ بمقتضى تكذيب نفسه و اعترافه بحق المدعى، سواء أ كان تكذيبه و اعترافه عند الحاكم أم عند المدعى، كما يشهد بذلك معتبرة مسمع بن أبى سيار قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: إنى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه و حلف لى عليه، ثمّ أنّه جائنى بعد ذلك بسنتين بالمال الذى أودعته إيّاه، فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حلّ، فأخذت منه المال و أبيت أن أخذ منه الربح و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ فقال: خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلّله فإنّ هذا الرجل تائب و اللّه يحب التوابين» «۱»، فإنّها كالصريح فى جواز الأخذ بالحق مع اعتراف الحالف المنكر، و لو كان اعترافه برد المال أو غيره كما لا يخفى.

(۱) لا خلاف فى أنّه يجوز للمدّعى عليه ردّ اليمين على المدعى فى الجملة، و أنّه إذا ردّها عليه فإن حلف المدعى على حقه ثبت و ان نكل سقط حقّه و دعواه.

و يشهد لذلك غير واحد من الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- فى الرجل يدّعى و لا بينة له؟ قال: «يستحلفه، فإن ردّ اليمين

---

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۴۸ من أبواب الايمان، الحديث ۳: ۲۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۰

....

على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «۱»، و صحيحة جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا أقام المدعى البينة فليس عليه يمين، و إن لم يقم البينة فردّ عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» «۲»، و فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال: «قلت للشيخ: خبّرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينة بماله، قال: فيمين المدعى عليه فإن حلف فلا حق له و ان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» «۳»، و لا يبعد اعتبار هذه سندا كما يأتى و نحوها غيرها، و مدلولها كما ذكرنا أنّ نكول المدعى عن اليمين المردودة كاف فى حكم الحاكم بسقوط حقّه، سواء أ كان نكوله للاباء عن الحلف و ان كان صادقا أم كانت دعواه بنحو التهمة و عدم العلم كما فى دعوى التفريط على من كان ماله بيد الآخر عارية أو وديعة على ما تقدم.

و قد يقال: انّ حلف المنكر حق للمدعى لا أنّه حكم شرعى فيجوز للمدعى إسقاطه بمعنى إبراء المدعى عليه من الحلف نظير إبراء الدائن لمدينه، و هذا الإبراء و الإسقاط بمنزلة الاستيفاء فيجوز معه الحكم ببراءة عهدة المدعى عليه عمّا كان يدعى عليه سواء أ كان دينا أم عينا.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ مقتضى مثل قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» لزوم اليمين فى القضاء، و كذا الإطلاق فى مثل قوله- عليه السلام-:

«إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حقّ له قبله ذهبت اليمين بحق المدعى» «۴»، حيث لو كان الإبراء عن الحلف كالحلف لزم

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۷۶.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۱

....

تقييد فاستحلفه بذكر العدل كقوله أو أبرأه، و بتعبير آخر المستفاد من الروايات كون رضا المدعى بحلف المنكر شرط فى صحّة الحلف يعنى جواز الحكم معه، نظير رضا الأب فى نكاح الباكرة، لا أنّ الحلف المزبور كالدين على المديون حق للمدعى، و لذا لا يترتب على عدم استحلافه إلّا إيقاف الواقعة لو لم يسقط حق دعواه.

و توهم أنّ عدم استحلاف المدعى بنفسه يوجب سقوط دعواه فلا يجوز له تجديد الدعوى بعد ذلك استنادا إلى معتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى الرجل يدّعى عليه الحق و لا بينة للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» «۱»، بدعوى أنّ ضمير الفاعل يرجع إلى المدعى، فاسد فإنّ ظاهرها رجوع الضمير إلى المدعى عليه، و لا أقلّ من احتماله و مقتضى ما دل على أنّ القضاء بالبينة و الأيمان عدم سقوط الدعوى و عدم حصول القضاء بترك الاستحلاف، و لا ينافى ذلك القضاء بنكول المدعى عن اليمين المردودة لقيام الدليل عليه كما تقدم.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّ الظاهر اختصاص جواز ردّ اليمين على المدعى بما إذا كانت الدعوى ماليّة، حيث يجوز للمكلف أن يتحمل الضرر المالى احترازا عن اليمين، و لو كان صادقا أمّا إذا كانت الدعوى عليه غير المال كما إذا ادعى رجل على امرأة أنّها زوجته فأنكرتها فعلى المرأة الحلف على نفى الزوجية، و لا يجوز له ردّ اليمين على المدعى لأنّ ما ورد فى تخيير المدعى عليه بين الحلف و ردّه على المدعى واردة فى دعوى الحق الظاهر فى المال، غاية الأمر سواء أ كان دينا أم عينا.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۲

و إن نكل المنكر بمعنى أنّه لم يحلف و لم يردّ، قال الحاكم (۱): إن حلفت و إلّا

و لا يبعد أن يقال لا دليل على كون اليمين المردودة من مدرك القضاء فى غير دعوى المال أخذا بقولهم- عليهم السلام-: «البينة على من ادّعى و اليمين على من ادعى عليه» «۱» فإنّ مقتضاه كما أنّ البينة من المدعى عليه لا تكون مدركا للقضاء كذلك اليمين من المدعى حتى ما لو كانت مردودة بردّ المدعى عليه و قد رفع اليد عن ذلك فى دعوى الأموال.

و دعوى الإطلاق فى بعض الروايات كقوله- عليه السلام- فى صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «ترد اليمين على المدعى» «۲»، لا يمكن المساعدة عليها فإنّ مقتضاها جواز ردّ اليمين على المدّعى تكليفا أيضا مع أنّه ذكرنا عدم إمكان الالتزام بجواز الردّ تكليفا فى مثل دعوى الزوجية حتى يؤخذ بلازمه، و هو نفوذ القضاء باليمين المردودة، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) إذا لم يحلف المدعى عليه المنكر و لم يردّ اليمين على المدعى، فظاهر المصنّف- قدّس سرّه- أنّه يجب على الحاكم أن يقول للمنكر ما مضمونه ان حلفت أو ردّدت اليمين فهو، و إلّا يجرى عليك حكم الناكل، و انّ القول المزبور مرّة لازم و تكراره ثلاث

مرات مستحب استظهارا لنكوله، و عن بعض التصريح باستحباب القول المزبور و لا- يجب حتى مرّة أقول: اللازم أن يعلم المنكر ان عليه اليمين أو ردّها إلى المدّعى، أمّا إذا لم يفعل فما ذا يفعل القاضى فلا يعتبر علم المنكر بذلك، بل استحباب القول المزبور أيضا لا يخلو عن الاشكال.

و دعوى أنّ استحبابه للتسامح فى أدلة السنن لفتوى جماعة، يدفعها أنّ أدلة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۰.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۳

جعلتك ناكلا و يكرّر ذلك ثلاثا استظهارا لا فرضا، فإن أصرّ قيل: بل يقضى

التسامح لا تثبت استحباب الفعل، و على تقديره فلا تعمّ إلّا موارد بلوغ الخبر المتعارف عن المعصوم- عليه السلام.

و يمكن أن يقال نفوذ الحكم مع نكول المنكر مروى كما يأتى و مقتضى إطلاقه عدم اعتبار القول المزبور و النكول المستفاد من المروى هو امتناع المنكر عن الحلف و الرد كما يأتى.

و كيف ما كان، فإذا نكل المنكر أو أصرّ عليه يحكم بثبوت دعوى المدعى كما عليه جماعة من قدماء أصحابنا و متأخريهم، بل هذا هو المنسوب إلى الأشهر أو المشهور، و عن جماعة أخرى انّ الحاكم يردّ اليمين معه على المدّعى فإن حلف على الحق له حكم بالثبوت و إلّا فلا حقّ له، بل نسب ذلك أيضا إلى الأكثر و عن الخلاف و الغنية الإجماع عليه.

و يستدلّ على الأوّل بوجوه:

الأوّل: إنّ مقتضى الأصل عدم اشتراط حكمه بحلف المدّعى مع نكول المنكر، و الثانى أنّه مقتضى ما دلّ على أنّ البينة على المدّعى و اليمين على المدعى عليه هو عدم مطالبة المدعى باليمين و يرفع اليد عن ذلك فيما إذا ردّ المدعى عليه اليمين عليه.

و لا- يخفى أنّ شيئا من الوجهين لم يتم، فإنّ مقتضى الأصل عدم نفوذ الحكم بدون ردّ اليمين على المدعى و حلفه عليه فإنّ جواز الحكم و نفوذه معه متيقّن و بدونه غير محرز، و مقتضى الأصل عدم نفوذه و اعتباره، نظير ما يشك فى اعتبار شىء فى معاملة لم يكن لدليل اعتبارها إطلاق أو عموم يدفع به اعتباره فيها و لا يقاس المقام كالمعاملات بالشرط فى اعتبار شىء فى متعلّق التكليف، حيث إنّ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۴

عليه بالنكول و قيل يرد اليمين على المدّعى فإن حلف ثبت حقّه و إن امتنع

مقتضى الأصل العملى فيه عدم الاشتراط كما هو المقرر فى بحث الأصول العملية من علم الأصول.

تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۱۵۴

و كذا مقتضى ما دلّ على أنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه هو عدم اعتبار يمين المدعى، إلّا أنّ ما دل على عدم القضاء إلّا بالبينة و اليمين مقتضاه عدم جواز القضاء بدون يمين المدعى عليه، فيرفع اليد عنه ما إذا ردّ المدعى عليه اليمين على

المدعى أو ردّها الحاكم عليه. و بدونه يؤخذ بمقتضاها معا و هو عدم نفوذ الحكم بلا بينة و لا يمين و لو كانت مردودة من المدعى عليه أو الحاكم.

و الوجه الثالث صحيحة محمد بن مسلم الواردة فى كيفية إحلاف الأخرس، حيث ورد فيها «أنّ عليّا- عليه السلام- كتب الحلف ثمّ غسله و أمر الأخرس بشربه فامتنع فألزمه الدين» «١»، حيث إنّ مقتضاه جواز حكم الحاكم بمجرّد امتناع المنكر عن الحلف.

لا- يقال: مقتضى ما ورد فى كيفية إحلاف الأخرس جواز الحكم بمجرّد امتناع المدعى عليه عن الحلف و لو لم يمتنع عن ردّ اليمين على المدعى.

فإنّه يقال: على تقدير هذا الإطلاق يرفع اليد عنه بما دلّ على أنّ للمنكر ردّ اليمين على المدعى عليه، فإن حلف فهو و إن أبى سقطت دعواه و بطل حقه.

أقول: الصحيح فى الجواب عن الاستدلال بالصحيحة منع إطلاقها، و انّه بمجرد نكول المدعى عليه للحاكم أن يحكم عليه، فإنّها وردت فى مقام بيان كيفية إحلاف المدعى عليه الأخرس لا فى مقام جميع ما يلزم فى الحكم على الأخرس

---

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٣ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ٢٢٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٥٥

سقط، و الأوّل أظهر و هو المروى.

المدعى عليه، و الواقعة قضية خارجية، فلعلّ الإمام- عليه السلام- بعد تركه شرب الحلف أمره برد اليمين على المدعى فحلف، أو ردّها عليه الإمام- عليه السلام- فحلف، ثمّ ألزمه بالدين.

و قد يقال: غاية دلالة الصحيحة على جواز الحكم بمجرّد نكول المنكر أنّها بالإطلاق يعنى عدم ورود ردّ الإمام- عليه السلام- اليمين على المدعى و لكن مقتضى صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: تردّ اليمين على المدّعى» «١»، هو لزوم ردّها على المدعى فى الحكم كان ذلك بردّ المدعى عليه أو الحاكم، و قد تقدم أنّ الرد ابتداء للمدعى عليه.

و على الجملة مقتضى صحيحة محمد بن مسلم الواردة فى إحلاف الأخرس جواز الحكم مع نكول المدعى عليه، و لكن مقتضاها ذلك بإطلاق، و مقتضى إطلاق صحيحة هشام لزوم ردّ اليمين فى الحكم و لو من الحاكم، و بعد تساقط الإطلاقين يرجع إلى مقتضى الأدلة الأولية التى ذكرناه فى الجواب عن الوجه الثانى، و قلنا بعدم جواز الحكم بلا ردّ اليمين على المدعى و لو من الحاكم، و لو فرض عدم تمامه أيضا يرجع إلى مقتضى الأصل العملى، و قد ذكرنا فى الجواب عن الوجه الأوّل انّه الاشتراط.

و قد يقال: فى وجه ردّ الحاكم اليمين على المدعى بأنّه ولى الممتنع و المنكر فيما إذا امتنع عن ردّ اليمين فيردها الحاكم ولاية عليه، و لا يخفى ما فيه، فإنّ الثابت من حق المدعى على المنكر الاستحلاف فله أن لا يطالبه بالحلف كما تقدم، أمّا ردّ اليمين على المدعى فهو مسقط لحق المدعى على المدعى عليه، و لذا لو امتنع

---

(١) الوسائل: ج ١٨، الباب ٧ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٧۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١۵۶

و لو بذل المنكر يمينه بعد النكول لم يلتفت إليه (١).

المدعى عن الحلف بعده أو قال لا أريد ردّ الحلف سقطت دعواه، و ولاية الحاكم على الممتنع فيما كان ذلك حقّا للغير على الممتنع.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّه ربّما يستدل لجواز الحكم بمجرّد نكول المدعى عليه بخبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه «قال: قلت للشيخ- عليه السلام-: خبّرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينة بماله، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له و إن لم يحلف فعليه- الحديث» «۱»، فإنّ مدلوله جواز الحكم على المدعى عليه بمجرّد تركه ما عليه من الحلف غاية الأمر ترفع اليد عن إطلاقه صورة ردّه اليمين المدعى فلم يحلف.

و فيه: أنّ الرواية فى سندها ياسين الضرير البصرى و لم يوثق، و لم يثبت كونه من المعاريف، مع أنّ الصدوق- قدّس سرّه- نقل فى الفقيه بعد قوله: فإن حلف فلا- حق له، و ان ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له بل نقل فى الوسائل عن الكافى كما فى الفقيه «۲» و جعل: و إن لم يحلف فعليه، نسخة، و على ذلك فلا يمكن الاعتماد عليها حيث لم يثبت النقل.

و قد تقدم أنّ مقتضى الإطلاق فى صحيحة هشام تعين الرد على المدعى كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم، بل لزوم الرد مع امتناع المنكر عن الحلف و الردّ مقتضى الأصل، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) قيل: هذا بناء على كفاية نكوله فى حكم الحاكم، أمّا بناء على ردّ الحاكم اليمين على المدعى فيقبل بذله ما دام لم يحلف المدعى، و لا يبعد ذلك، فإنّه قد

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

(۲) الكافى ۷: ۴۱۵، التهذيب ۶: ۲۲۹، الفقيه ۳: ۳۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۷

....

تقدم انّ مع حلف المدعى باليمين المردودة يثبت ميزان القضاء بالحق و انّ ما دلّ على أنّ ميزان القضاء البينة من المدعى و مع عدم إقامتها اليمين من المنكر يرفع اليد عن إطلاقه بما إذا دلّ على أنّ حلف المدعى على حقه بعد ردّ اليمين عليه ميزان لثبوته و إبائه موجب لسقوطه، و إذا لم يحصل هذا الحلف و الإباء فيؤخذ بالإطلاق المزبور، و مقتضاه نفوذ بذل اليمين من المنكر.

و دعوى أنّه إنّما يفيد بذل اليمين من المنكر إذا لم يحكم الحاكم بكونه ناكلا و إلّا فلا فائدة لبذل المنكر اليمين لا يخفى ما فيها، فإنّ المفروض أنّه لم يثبت انّ نكول المنكر ميزان القضاء بل الثابت انّ حلف المدعى بعد الرد عليه و إبائه ميزان القضاء بثبوت الحق أو سقوطه و إذا لم يحصل هذا الميزان الذى اعتباره فى طول عدم حلف المدعى عليه و حلف المدعى عليه على نفى الحق ثبت ميزان القضاء بسقوط الحق و النكول بنفسه ليس مورد المخاصمة ليكون حكم القاضى فيه فاصلا.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا رجع المنكر عن ردّ اليمين على المدعى و حلف على نفى الحق قبل حلف المدعى على ثبوته فإنّ مقتضى قوله صلوات اللّه و سلامه عليه: «البيّنة للمدعى و اليمين على من أنكر»، نفوذ هذا الحلف من المنكر، و فى موثقة ابن أبى يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أنّ لا حق قبله ذهبت اليمين بحق المدعى فلا دعوى له» «۱»، فإنّ عمومها يعمّ المقام.

و نظير ذلك ما إذا لم يقم المدعى البينة بدعواه، و لكن قبل حلف المدعى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۸

....

عليه على نفى حقّه أقامها كما إذا حضر مجلس القضاء اتّفاقا شاهدان كان كل منهما عالما بحقّه فشهدا، فإنّ شهادتهما فى الفرض داخلة فى قوله- عليه السلام-: «البينة على المدعى» و أنّها ميزان القضاء بثبوت الحق.

بقى فى المقام أمور:

منها: ما إذا طلب المنكر الإمهال فى اختيار الحلف أو ردّ اليمين، فهل يجوز للحاكم أو يتعين عليه الإمهال له أو لا يسمع طلب؟

فنقول: لا ينبغى التأمّل فى جوازه فيما إذا رضى المدعى بالتأخير، لأنّ الحلف فيما إذا كانت دعواه ثبوت الحق على الغير حق له فيكون له التأخير فى المطالبة، أمّا إذا لم يرض بذلك فالامهال من الحاكم مشكل فيما إذا كان بمدة طويلة يكون تأخير القضاء إليها موجبا لتضرر المدعى، كما إذا كان فى الحضور ثانيا نفقة السفر و نحوها، بل لا يبعد أن يكون مقتضى مثل معتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بيّنة للمدعى؟ قال:

يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق» «۱» عدم الحق للمنكر فى الاستمهال.

و منها: ما هو المنسوب إلى الشهرة من أنّ ردّ المنكر اليمين على المدعى فيما إذا كانت دعواه لنفسه و كونها جزمية، أمّا إذا كانت لغيره كما إذا كان المدعى وليّا أو وكيلا أو وصيا و ادعى على الغير مالا للمولّى عليه أو لموكّله أو الوصية بالمال الذى بيد الوارث و أنكرها الغير أو الوارث فإنّه لا يكون مورد لردّ الحلف، بل يتعين على المنكر الحلف على نفى الحق، و إلّا فيحكم الحاكم بثبوته بمجرّد نكوله و امتناعه عن الحلف، و كذا فيما كانت دعواه غير جزمية كدعوى التهمة فى إتلاف

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۵۹

....

ماله الذى كان بيد الغير أمانة أو عارية أو إجارة.

و الوجه فى ذلك انّ ما ورد فى أنّ البينة على المدعى و اليمين على من أنكر مقتضاه تعين اليمين على المدعى عليه، غاية الأمر قد رفع اليد عن دلالتها على تعيّنها عليه بما دل على أنّ له ردّ اليمين على صاحب الحق المدعى، و إذا لم يكن المدعى صاحب الحق كما فى دعوى الولى و الوصى و الوكيل فلا موضوع لرد اليمين، و كذا ما ورد فى ردّ اليمين فظاهره انّ للمنكر ردّ اليمين إلى المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، و الدعوى فيما إذا كانت بنحو التهمة لا يرى المدعى نفسه صاحب الحق، بل غايته أنّه يظن أنّ له الحق على المدعى عليه.

و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام-: «فى الرجل يدعى و لا بينة له؟ قال: يستحلفه، فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حقّ له» «۱»، و فى معتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بيّنة للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» «۲»، إلى غير ذلك ممّا ظاهره الردّ على المدعى الذى يرى نفسه صاحب الحق، و فى غيره يؤخذ بما تقدم ممّا يكون مقتضاه تعيّن الحلف على المدعى عليه.

أقول: الأظهر جواز ردّ اليمين على المدّعى فى موارد كونه وليّا أو وصيّا أو حتى إذا كان وكيلا، و ذكر صاحب الحق فى أكثر الروايات الواردة فى ردّها لا يمنع عن الرد عليهم فإنّ ظاهرها صاحب الحق أصالة أو بالولاية و الوصاية أو حتى بالوكالة، و يجوز لهم الحلف باليمين المردودة فإنّه لا يعتبر فى الحلف إلّا العلم بما

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۰

....

يحلف عليه، و لو ادعى عدم ظهورها في العموم و اختصاصها بصاحب الحق بالأصالة لكان طلب الحلف من المنكر فيما إذا كان المدعى وليا أو وصيا مشكلا، لأنّ الوارد في موثقة عبد اللّه بن أبي يعفور: «إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق قبله ذهب اليمين بحق المدعى».

أضف إلى ذلك إطلاق صحيحة هشام المتقدمة عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-:

«قال: ترد اليمين على المدعى» «۱»، فإنّه و إن قلنا سابقا إنّه لا يمكن الأخذ بإطلاقها بالإضافة إلى موارد الدعوى في غير الأموال، إلّا أنّ الأخذ بإطلاقها من حيث كون المدعى فيها صاحب المال بالأصالة أو بالولاية و الوصاية أو الوكالة بلا مانع.

و لا يبعد أيضا أن يقال في موارد كون المدعى وكيلا يكون الرد عليه ردا على الموكّل أيضا، و إذا ردّ المنكر الحلف عليه فإن حضر الموكّل و حلف على حقّه ثبت حيث إنّ التوكيل يوجب استناد الدعوى إلى الموكل أيضا، فيكون سقوط حقه بإباء الوكيل و الموكّل عن اليمين المردودة و ثبوته بحلف أحدهما.

و أمّا في موارد الدعوى على الغير تهمة فيما إذا كان المال بيد الغير فلا مورد لردّ المنكر اليمين على المدعى، بل المنكر فيها إذا أقام البينة بعدم الخيانة و تلف المال بلا تفريط أو حلف عليه فهو ان كلّما منهما تسقط دعواه و إن لم يقم بينة أو لم يحلف فهو ضامن للمال.

و هذا كما ذكرنا استفيد ممّا ورد في ضمان الأجير و في صحيحة عبد اللّه بن مسكان عن أبي بصير، كما تقدم، قال: «لا يضمن الصائغ و القصار و لا الحائك

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۱

و لو كان للمدعى بينة لم يقل الحاكم أحضرها (۱) لأنّه حق له، و قيل

إلّا أن يكونوا متهمين فيجيئون بالبينة و يستحلف لعلّه يستخرج منه شيء» مع ملاحظة ما ورد في أنّهم إن أقاموا البينة فهو و إلّا فيضمنون حيث تقيّد الثانية بالأولى فتكون النتيجة لزوم إقامة البينة بالتلف من غير إفراط أو الحلف عليه و إلّا فيضمن.

نعم الموارد التي أشرنا إليها من سماع الدعوى فيها بنحو عدم الجزم مع عدم كون من بيده المال أجيرا، كدعوى التهمة على الودعى و المرتهن و المستعير و الوكيل و عامل المضاربة، يمكن القول فيها بأنّه لا يستفاد الحكم فيها ممّا ورد في اتّهام الأجير بل هي باقية في دعوى المال على الغير مع فرض كونه أمينا من قبل المدعى فيجرى عليها ردّ اليمين على المدعى، غاية الأمر إذا لم يحلف المدعى على حقه و لو لعدم علمه بالحال سقطت دعواه، كسقوط دعواه بيمين الأمين، و لكن لا يبعد التعدى منها إلى موارد كون من بيده المال متّهما بلا فرق بين الأجير و غيره، و يؤيده ما ورد في دعوى المرتهن تلف الرهن.

(۱) نسب عدم الجواز إلى الأكثر و إلى جماعة كالشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر، كما نسب الجواز إلى بعض كظاهر المهذب، و عن بعضهم التفصيل كالعلّامة في المختلف و الشهيد في الدروس بين علم المدّعى بأنّ له حق الإحضار فلا يجوز، و بين

جهله فیجوز.

و یظهر من تعلیل عـدم الجواز بأنّ إحضارها حق للمدعی کون المراد بقوله أحضـرها أمر المدعی و إلزامه بإحضار البینة، و من الظاهر أنّ إلزامه بإحضارهـا غیر جـائز سواء أ کـان عالمـا بـأنّ له حق الإحضـار أم لا، حیث انّ الممتنع عن أداء حق یؤمر و یجبر علیه، و لکن الممتنع عن استیفاء حقه و الانتفاع به لا یجبر علیه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۲

یجوز و هو حسن.

و مع حضورها لا یسألها الحاکم ما لم یلتمس المدّعی، و مع الإقامة بالشهادة لا یحکم إلّا بمسألة المدّعی أیضا.

نعم إذا کان الأمر بنحو الإرشاد إلی أنّ للمـدّعی إحضار البینـة و اقامة الشـهادة بدعواه لا بأس به بالإضافة إلی المدعی العالم، و یجب بالإضافة إلی الجاهل، لأنّ فی تعلیم الجاهل تمکینا له علی الوصول إلی حقّه، و قد شرع القضاء له.

و أمّا الإلزام فلا یجوز، لأنّ له العـدول عن دعواه أو رضاءه بحلف خصـمه، و لو مع تمکّنه علی إثبات دعواه بالبینـة، کما یـدل علیه ما فی موثقة عبد اللّه بن أبی یعفور من قوله: «إذا رضـی صاحب الحق بیمین المنکر لحقّه فاسـتحلفه فحلف ان لا حق له قبله ذهب الیمین بحقّ المدعی» «۱».

نعم لا أثر لحلف المنکر أو اسـتحلافه بعد إحضار البینة و شـهادتها، لمثل قوله- علیه السـلام- فی صحیحة سلیمان بن خالد الواردة فی الإحلاف: «هذا لمن لم تقم له بینة» «۲» فإنّ ظاهره تمام الشهادة و حصول ملاک القضاء، لا مجرد إحضار البینة.

و إحضارها مجلس الحکم و قوله هذه بینتی کاف فی وجوب الشـهادة علی الشاهدین، کما هو مقتضـی قوله سبحانه وَ أَقِیمُوا الشَّهادَةَ لِلّهِ «۳»، وَ لا یَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا «۴» فللحاکم طلب الشـهادة منهما و لا دلیل علی کون الطلب حق المدعی، کما لا یکون حکم الحاکم بعد تمام الشهادة حقّا للمدعی أخذا بقوله

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۹.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۶۷.

(۳) الطلاق: ۲.

(۴) البقرة: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۳

و بعـد أن یعرف عدالة البینة یقول هل عندک جرح (۱)، فإن قال: نعم و سأل الانظار فی إثباته أنظره ثلاثا فإن تعـذّر الجرح حکم بعد سؤال المدّعی.

سبحـانه کُونُوا قَوّامِینَ بِالْقِسْـطِ «۱» و لوجـوب القضـاء و فصـل الخصومـة و استیفـاء حقوق النـاس لبعضـهم من بعض، فلاـ یکون أداء الشهادة و الحکم بعده من حق المدعی.

و لکن لا بأس بالصـلح بینهما بعد أداء الشـهادة بل بعد الحکم حیث إنّ الصـلح جائز بین المسـلمین کما إنّ للمدعی إسـقاط حقّه قبل أداء الشهادة أو بعدها و کذا قبل حکم الحاکم و بعده.

و علی الجملة ما ذکر الماتن- قدّس سرّه- من أنّ الحاکم لا یسأل الشـهادة إلّا بعد التماس المدعی و کذا لا یحکم إلّا بعد التماسه، لا یمکن المساعدة علیه فإنّ ذلک من وظائف الحاکم و أداء الشهادة وظیفة الشاهد مع طلب الشهادة منه.

(۱) إذا كـان القاضـى عالما بعدالـة الشاهـدين و بعـد أدائهما شـهادتهما يتمّ عنـده ميزان القضاء فله الحكم بثبوت الـدعوى و لا يعتنى بشـهادة الجارح فضـلا عن احتمال وجوده لأنّ مع علم القاضى بعدالة الشاهدين لا تكون بيّنة الجرح معتبرة فى حق القاضى، أما إذا لم يعلم القاضى بعدالتهما، و إنّما يقبل شهادتهما لوجود بينة التزكية أو حسن الظاهر.

فقـد يقال: يجوز له الحكم أيضا لحصول ملاك ميزان القضاء و أصالة عدم الجارح. غاية الأمر يكون للخصم دعوى فسق الشاهدين و إثبات فسقهما و مع إثباته و لو بعد الحكم ينقض الحاكم حكمه، لأنّ عدم نقض الحكم بالبينة القائمة بعد الحكم فيما إذا كان الحكم السابق برضى المدعى بحلف المنكر.

---

(۱) النساء: ۱۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۴

....

و لكن المنسوب إلى المشهور أنّه لو ادّعى الخصم وجود الجارح أنظره الحاكم ثلاثة أيام من غير تفصيل بين بعد المسافة و قربها.

و فى رواية سـلمة بن كهيل عن على- عليه السـلام- من قوله: «و اجعل لمن ادّعى شـهودا غيبا أمدا بينهما» «۱»، و ظاهرها جعل الإنظار بحيث يناسب إحضارها فيكون الانظار بالثلاثة بلا مستند يصلح الاعتماد عليه.

كما أنّ رواية سـلمة بن كهيل لا يمكن الاعتماد عليها لضـعف سـندها و عدم دلالتها على حكم المقام، فإنّ المقام فى الإمهال فيما إذا ادعى الخصم البينة له بالجرح، و ظاهر الرواية إمهال المدعى إذا كان له شهود غيّب بحقّه.

و لا يبعد أن يقال: إنّ مع تمام ميزان القضاء بشـهادة شاهدين المحرز عدالتهما بالبينة لا موجب لوقف القضاء، حتى إذا ادّعى الخصـم أنّ له بينة الجارح، غاية الأمر إذا ظهر فسق الشاهدين و خلاف بينة التزكية يلغى الحكم، لانكشاف كون الحكم لم يكن بالبينة العادلة، و لا يقاس بقيام البينـة بالحق بعـد الحكم بحلف المنكر أو نكول المـدعى عن اليمين مع ردّها عليه، لما تقدم من سـقوط الحق باليمين المزبورة و إنّ هذا اليمين تثبت الحق إذا ردت على المدعى، و مع نكوله تكون موجبة لسقوط حقّه.

و بتعبير آخر لم يكن إحضار المـدعى البينـة بعد تمام الحكم بالحلف كاشـفا عن عدم كون الحكم السابق عند صدوره بميزان القضاء بخلاف صورة العلم بفسق شاهدى الدعوى أو قيام بيّنة الجارح لهما فى زمان شهادتهما بحق المدعى.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۵۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۵

و لا يستحلف المدّعى مع البينة إلّا أن تكون الشهادة على ميت (۱)،

---

(۱) لا خلاف بين أصـحابنا أنّه لا اعتبار بيمين المـدعى مع إقامته البينـة بدعواه و يشـهد لذلك مثل قوله صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم: «البينة على من ادّعى و اليمين على من ادّعى عليه» «۱»، حيث إنّ التفصيل قاطع الشركة، و فى صحيحة محمد بن مسلم «قال: سألت أبا جعفر- عليه السـلام- عن الرجل يقيم البينة على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» «۲»، و فى خبر أبى العباس عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا أقام الرجل البينة على حقّه فليس عليه يمين- الحديث» «۳».

و نقل عن بعض العامّـة اعتبار اليمين مع بينة المدعى، و يوافق ذلك ما فى خبر سـلمة بن كهيل من قوله- عليه السـلام- لشـريح: «و ردّ اليمين على المـدّعى مع بيّنته فـإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» «۴» و مع ضـعفه سـندا، و معارضته مع ما تقدم، و كونه على

وفـاق العامـة لاـ يمكن الاعتمـاد عليه. بل فى حمله على الاسـتحباب حتى مع طلب المـدعى عليه و رضا المـدعى مشـكل، لظهوره فى الحكم الوضعى و اعتباره فى القضاء.

و كيف كـان فقـد اسـتثنى الأصـحاب من الحكم الـدعوى على الميت بالـدين عليه فإنّه لو أقام المـدعى البيّنـة بـدعواه يعتبر فى ثبوتها انضـمام يمين المدعى بالبينة، و مع عدم أحدهما لا تثبت الدعوى، و قد يقال: بعدم تعرض الأصـحاب لهذا الاستثناء قبل المصنّف غير الشيخ- قدّس سرّه.

و يدلّ على اعتبار ضم اليمين صحيحة الصفار إلى أبى محمد- عليه السلام-:

«هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع:

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۰.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۷.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۷.

(۴) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۱۷۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۶

فيستحلف على بقاء الحق فى ذمته استظهارا.

إذا شـهد معه آخر عـدل فعلى المدعى يمين و كتب: أ يجوز للوصـى أن يشـهد لوارث الميت صـغيرا أو كبيرا و هو القابض للصـغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع- عليه السلام-: نعم و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهادة، و كتب: أو تقبل شهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقع- عليه السلام-: نعم من بعد يمين» «۱».

و الاسـتدلال بما فى الـذيل، حيث إنّ ظاهره اجتماع شـرط الشاهد فى الوصـى من غير جهة كونه وصـيا و جوابه- عليه السـلام- بقبول شهادته مع شهادة عدل آخر من بعد يمين مقتضاه اعتبار يمين المدعى، كما ذكر فى صدرها، و لا يضرّ ما فى الصدر من اعتبار اليمين فى الـدعوى للميت على الحىّ، لأنّ عـدم إمكان الأخـذ بما فى الصدر لما دلّ على عدم اعتبار اليمين مع البينة للمدعى لا يوجب طرح غيره من الحكم الوارد فيها.

لا يقال: لا يمكن الأخذ بما فى ذيلها أيضا لمعارضـته بصحيحة أخرى للصفار «قال: كتبت إلى أبى محمد- عليه السلام-: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صـغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصـياء الصـغار؟ فوقّع- عليه السلام-: نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك» «۲»، حيث إنّ ظاهر هـذه أداء الـدين على الميت فى صورة إثبات مدعيه بشـهود عدول و لو كان ضم اليمين مع الشـهود العدول معتبرا تعرض- عليه السلام- لاعتبار الضم فى الجواب.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۳.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۳ الباب ۵۰ من أبواب الوصايا، الحديث ۱: ۴۳۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۷

....

فإنّه يقال: غاية دلالة هذه الصحيحة على عدم اعتبار ضم اليمين إلى البينة فى الدعوى على الميت بالإطلاق بعدم ذكر ذلك فى الجواب فيرفع اليد عنه بالتقييد الوارد فى صحيحته المتقدمة، مع أنّ من المحتمل جدا أن يكون ما فى كلام السائل بشهود عدول قيدا لقضاء الكبار.

و يظهر اعتبار الضم من رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه «قال: قلت للشيخ- عليه السلام-:- إلى أن قال:- قال- عليه السلام-: و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيّنة فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و انّ حقّه لعليه فإن حلف و إلّا فلا حقّ له، لأنّا لا ندرى لعلّه قد أوفاه ببينة لا نعلم موضعها أو غير بينة قبل الموت، فمن ثمّ صارت عليه اليمين مع البينة فإن ادعى بلا بينة فلا حقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحىّ و لو كان حيّا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثمّ لم يثبت الحق» «۱».

و لكن فى سندها ياسين الضرير، و لم يثبت له توثيق، و ربّما يناقش فيها بعدم ثبوت ان المسؤول فيها هو الإمام- عليه السلام- و لعلّه غيره، و بان اعتبار اليمين باللّه على النحو الوارد فيها غير معتبر.

و مثلها رواية سليمان بن حفص المروزى قال: كتبت إلى أبى الحسن- عليه السلام- فى رجل مات و له ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا- و ان عنده الرهن، فكتب- عليه السلام-: إن كان له على الميت مال و لا بينة له عليه فليأخذ ماله بما فى يده و ليردّ الباقى على ورثته و متى أقرّ بما عنده أخذ به و طولب بالبينة على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين و متى لم يقم البينة و الورثة ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون باللّه ما

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۸

....

يعلمون أنّه على ميّتهم حقّا» «۱»، و الوجه فى كونها مثل السابق عدم ثبوت توثيق لسليمان بن حفص.

و الظاهر انّ المذكور فى صدر الجواب هو أنّ مثل هذا الشخص، إذا لم يمكنه إثبات الدين على الميت يأخذ ما عنده من الرهن تقاصّا و ردّ الزائد عن حقه على الورثة من غير إقرار بأنّ ما عنده كان رهنا لأبيهم، و إلّا يؤخذ بإقراره بالرهن من غير أن يثبت له حق على الميت.

ثمّ إنّه قد وقع الكلام فى أنّ اعتبار يمين المدعى فى الدعوى على الميت مطلقا أو أنّه يختص بما إذا كان المدعى على الميت يدّعى عليه الحق لنفسه فلو كان المدعى عليه وصى ميت آخر. كما إذا قال لوصى ميّت انّ من أوصى إلىّ له مال كذا على ميتكم و أقام البينة بما ادعاه فإنّه لو كان ثبوت الدين على ميت موقوفا على اليمين مطلقا حتى فى مثل الفرض لم يثبت الدين عليه، لأنّ يمين الوصى لا يفيد شيئا حيث لم يعهد ثبوت مال لآخر بيمين شخص ثالث، و انّما المعهود ثبوته يمين صاحب الحق خاصة كما قيل.

و كذا فيما كان المدعى على الميت ورثة ميت آخر كما إذا قالوا: لميّتنا على ميّتكم مقدار كذا من المال و أقاموا البيّنة بمدّعاهم، فإنّه لا يمكن للورثة المدّعين الحلف على بقاء المال على عهدة الميّت المدعى عليه، حيث إنّ غاية الأمر أنّهم يعلمون بثبوت الدين عليه لا ببقائه. و من المحتمل أنّ الميّت الدائن قد ابرأ الميت المديون.

و احتمال جواز الحلف للورثة اعتمادا على الاستصحاب فى الدين كجواز

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الرهن، الحديث ۱: ۱۴۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۶۹

....

الشهادة بالملك اعتمادا على قاعدة اليد بلا وجه، لأنّ منصرف أدلة اعتبار اليمين بالعلم كونه بنحو الجزم و البت لا بنحو التعبّد، و جواز الشهادة بقاعدة اليد لم يثبت، و على تقدير القول به فهو لدليل خاصّ كما يأتى.

و ذكر فى الجواهر- قدّس سرّه- أنّ ثبوت الدين على الميت كثبوت الدين على الحىّ يكون بالبينة و يعتبر يمين المدعى استظهارا لبقاء دينه فيما إذا كان المدعى على الميّت صاحب الحق و انّ عدم ثبوت المال بالبينة مخالف للذوق الفقهى، و يفصح عن كون اعتبار اليمين استظهاريا لبقاء الدين الثابت بالبينة قوله- عليه السلام- فى قوى عبد الرحمن: «فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و انّ حقّه لعليه فإن حلف و إلّا فلا حق له» «۱» و أنّ هذا الحلف للمدعى أنّه صاحب الحق على الميت فلا يعم غيره، و حمل المفروض فيه على المثال كما عن بعض غير ظاهر.

أقول: دعوى دلالة رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه على عدم الحاجة إلى ضم اليمين فيما إذا لم يكن المدعى دعواه الحق لنفسه على الميّت لا- يمكن المساعدة عليها، فإنّ غاية القول أنّها لا تدل على ضمّ اليمين إلى البيّنة فى الفرض أيضا، فيؤخذ بالإطلاق من صحيحة الصفار المتقدمة، و مقتضاه اعتبار الضم مطلقا.

نعم دلالتها على ثبوت الدين أيضا على الميت بالبيّنة و اعتبار ضم اليمين لاحتمال عدم بقاء الدين الثابت فلا حاجة إلى ضم اليمين مع العلم ببقائه على ذمته على تقدير الثبوت و أنّه لا بدّ من يمين المدعى إذا ثبت الدين على ميّتهم

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۰

....

بإقرارهم و لكن قالوا نحتمل عدم بقائه لاحتمال الأداء و الإبراء قبل موته، كما هو مقتضى تعليل اعتبار ضم اليمين فيها تامّة و دعوى أنّ ما ورد فيها حكمة لا تعليل لا يمكن المساعدة عليها، لعدم القرينة على أنّ الوارد فيها حكمة، إلّا أنّها لضعف سندها لا يمكن الاعتماد عليها.

و مقتضى صحيحة الصفار المتقدمة انّ سقوط الاستصحاب فى بقاء الدين عن الاعتبار فيما إذا ثبت الدين بالبينة و لا تعم ما إذا ثبت بإقرار الورثة أو علمهم بأصل ثبوت الدين، كما أنّ مقتضاها اعتبار ضم اليمين إلى البينة حتى لو اعترف الورثة و الوصى ببقاء الدين على الميت على تقدير الثبوت، كما لا يخفى.

و على ذلك فتسمية اليمين من المدّعى استظهاريا بمعنى أنّ اليمين تعتبر فيما إذا احتمل براءة عهدة الميت بالوفاء و نحوه قبل موته و انّ اليمين تعتبر فى موارد إقرار الورثة بأصل ثبوت الدين كما لو قالوا نحتمل الوفاء أو الإبراء قبل موت ميّتهم أو شهدت البيّنة على إقرار الميّت بالدين كما تقدم، لا يمكن المساعدة عليها كما التزم بذلك و انّه يعتبر الضم مطلقا صاحب المستند- قدّس سرّه-، لكن لا لما ذكره من كون ما ورد فى رواية عبد الرحمن حكمة لا تعليل، بل لما ذكرنا من ضعف سندها.

بقى فى المقام أمور:

الأوّل: قد ذكرنا أنّ العمدة فى القول باعتبار ضم اليمين من المدّعى إلى بينته هو صحيحة الصفار المتقدمة، و أنّها لا تعم موارد ثبوت الدين بعلم الحاكم أو اعتراف الوصى و الورثة و الشياع المفيد للعلم، فهل يمكن فى هذه الموارد حكم الحاكم بثبوت الدين على الميت فعلا بحيث يخرج عن تركته فيما إذا احتمل الحاكم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۱

....

أو المعترف بأصل الدين حصول الإبراء أو الوفاء قبل موت الميّت أو أنّه لا يصح للحاكم هذا الحكم؟

الأظهر هو الثانى، لأنّ مقتضـى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» «۱»، منضما إلى قولهم- عليهم السلام-: «البيّنة على المدعى و اليمين على المدعى عليه» «۲» عدم جواز القضاء بمجرّد الاستصحاب أو غيره من القواعد المقررة للشاك، بل يتعين أن يكون مدرك القضاء البينة أو اليمين غاية الأمر رفعنا اليد عن ذلك فيما إذا علم القاضى جزما بثبوت الحق و صحة دعوى المدعى أو كان عالما بالواقع أو حصل الاعتراف من الخصم بدعوى المدعى و ثبوت الحق له فعلا، و من المفروض أنّه مع احتمال البقاء و الارتفاع لا يحصل شيء من ملاك حكمه.

و على ذلك فيصح فى الموارد المزبورة الحكم بأنّ الدين كان ثابتا على الميت و بعد ثبوت الدين السابق بالحكم كما فى موارد علم القاضى أو بإقرار الوصى و الوارث يجب العمل من الوارث و الوصى على طبق الاستصحاب فللحاكم إلزامهما بالعمل به، كما تقدم فى موارد عدم سماع الدعوى مع عدم الجزم فلو ظفرا و لو بعد ذلك بالبينة على الوفاء أو الإبراء أو قد علما بأحدهما فلهما الترافع مع المدعى لعدم حصول القضاء بالدين على الميت عند موته ليقال عدم انتقاض هذا الحكم، كما أنّ المدعى على الميت إذا وجد البينة على الدين فله إثباته بها منضما إلى يمينه، لما ذكرنا من عدم كون كل ذلك من تجديد المخاصمة بعد فصلها.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳ من أبواب الحكم، الحديث ۵: ۱۷۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۲

....

الثانى: يقع الكلام فى أنّ ضم اليمين إلى بينة المدعى على الميّت يختص بما إذا كانت الدعوى عليه دينا فلا يحتاج إلى ضم اليمين فيما كانت دعواه العين التى كانت بيد المورث أو المنفعة أو الحق كحق الخيار.

فقد يقال بالاختصاص لاختصاص رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه بالدين، حيث ورد فيها الحلف على أنّه مات و حقه عليه، و ظاهر بقاء الحق عليه هو الدين، و كذا ما ورد فيها من التعليل بأنّه لا ندرى لعلّه أوفاه و دعوى انّ ذكر احتمال الوفاء بالدين من باب المثال، و المعيار احتمال عدم ثبوت مال أو حق على الميت أو عند الميت عند موته لا يمكن المساعدة عليها، خصوصا بملاحظة الفرق بين البيّنة القائمة بالدين و القائمة بكون العين للغير. فإنّ بيّنة الدين تعتمد غالبا فى بقائه على الاستصحاب بخلاف الشهادة بكون العين للغير.

لا يقال: قد تقدم ضعف الرواية سندا و ان المستند فى اشتراط الضم هو صحيحة الصفار و مقتضاها توقف ثبوت الدعوى على الميت على ضم اليمين، من غير فرق بين كون الدعوى دينا أو غيره.

فإنّه يقال: لا يمكن أن يستفاد من الصحيحة أيضا اعتبار الضم فى غير الدين فيكون المرجع فى غيره إطلاق ما دلّ على ثبوت الدعوى و حصول ميزان القضاء بالبينة، و الوجه فى عدم إمكان الاستفادة انّ الصدوق- قدّس سرّه- رواها هكذا: «أو تقبل شهادة الوصى على الميت بدين مع عدل آخر، قال- عليه السلام-:

نعم من بعد يمين» «۱». و مقتضى الاختلاف بين النقلين بالزيادة و النقيصة الأخذ بالزيادة و لا أقل من إجمال الصحيحة من هذه الجهة.

(۱) الفقيه ۳: ۴۳/ ۱۴۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۳

....

بـل لاـ يبعـد أن يقال: انّ على نقل الكلينى- قـدّس سرّه- أيضا ظاهرها دعوى الـدين على الميت حيث تكون الـدعوى فى العين على الوارث لوقوع العين بيـدهم و انحلال العاريـة و نحوها التى كانت موجبـة لجريان يد الميت عليها فالشـهادة على الميت و الدعوى عليه ظاهرها موارد الـدين لا العين و نحوها و قـد تقدم أنّ المناقشة فى التمسك فى اعتبار ضم اليمين بصـحيحة الصـفار باحتمال أن يكون المراد من اليمين فيها يمين الشاهـد لا المـدعى غير صـحيحة فإنّه قد ذكر فى صدرها فى شـهادة الوصـى للميت يمين المدعى و ظاهر الذيل اعتبار تلك اليمين فلاحظ.

و قـد تحصل مما ذكرنا أنّه لو شـهدت البيّنـة بأنّ العين التى كانت بيد الميت كانت عارية عنده أو وديعة أو غصـبا إلى أن مات يحكم القاضى على العين بأنّها ملك المدعى بلا حاجة إلى ضم يمينه.

أمّا إذا شهدت أنّها كانت للمدعى فى السابق و لا تدرى ما كانت عليه عند موت المورث يثبت بالبينة الملك السابق، فيحكم به و يلزم الورثـة العمـل بمقتضـى الاستصـحاب فيما إذا اعترفوا بالملك السابق و احتملوا الانتقال بعـد ذلك لسـقوط يـد الميت عن الاعتبار مع اعترافهم بالملك السابق للمدعى.

أمّا إذا قالوا مع قيام البيّنـة بالملك السابق للمـدعى أو مع اعترافهم بملكه السابق بأنّ العين عنـد موت مورثهم كان ملكا له لا للمـدّعى فلهم على المـدّعى الحلف على عـدمه لانقلاب الدعوى بالبينة المزبورة أو بالاعتراف، و أن لا يخلو الانقلاب فى صورة البينة بالملك السابق عن المناقشة. و إذا لم تكن فى البين إلّا دعوى المدعى العين و جواب الورثة بعدم علمهم بالحال، فيأتى الكلام فى ذلك

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۴

....

فى جواب المدعى عليه بلا أدرى ان شاء اللّه تعالى.

الثالث: المنسوب إلى المشهور أنّ الدين على الميت كالدين على الحىّ يثبت بشهادة واحد و يمين المدعى، و عليه اختلفوا فى الحاجة فى ثبوت دعوى الـدين على الميت بشاهـد و يمين المـدعى إلى يمين أخرى من المـدعى على بقاء الـدين عليه إلى أن مات أو أنّه لا حاجة مع ثبوت الدعوى بشاهد و يمين إلى الأخرى للتداخل، فقد يقال بالحاجة لأنّ اليمين الأولى مع شهادة عدل تثبت أصل الدين و اليمين الأخرى لاستظهار بقاء الدين عليه إلى موته كما يقال إذا كانت شهادة الشاهد و اليمين أوّل مرة على الدين على الميت إلى أن مات ففى الحاجة إلى اليمين الأخرى اشكال للزوم تكرار اليمين بلا فائدة.

أقول: لو ثبت أنّ حلف المدعى مع شـهادة عدل بينة فلا يبعد أن يقال بلزوم تكرار اليمين، حيث يعمه قوله- عليه السـلام- ما فى رواية عبـد الرحمن، و ان كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البينة فعلى المدعى يمين، فيكون كما إذا ثبت الدين على الميت بشاهد عدل و امرأتين عادلتين، كما هو ظاهر ما ورد فى سماع شهادة النساء مع الرجال فى الماليات أو الدين خاصة.

و أمّا إذا قيل بعـدم قيام دليل على التنزيل فلازم ذلك عدم ثبوت الدين على الميت بشاهد واحد، و لو مع يمين المدعى بأكثر من مرّة لقوله- عليه السلام- فى ذيل الرواية: «فإن ادّعى بلا بينة فلا حق له» «۱».

لاـ يقال: ما ورد فى ثبوت دعوى المال بشـهادة الواحـد مع يمين المـدعى مقتضاه ثبوت الـدين بهما فى الفرض أيضا، بل ظاهره أنّهما

بينة، خصوصا بملاحظة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۵

....

ما ورد من أنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه، و انّ الحكم باليمين فيما إذا لم يقم المدعى البينة بدعواه.

فإنّه يقال: نعم ما ورد في ثبوت الدين أو مطلق المال بشهادة عدل مع يمين المدعى أو بشهادة رجل و امرأتين أو بشهادة امرأتين و يمين المدعى ظاهره كون ما ذكر بيّنة، إلّا أنّ مقتضى صحيحة محمد بن يحيى اعتبار تعدد الشاهد في البينة على دين الميت، و ذلك فإنّ الدين عليه لو ثبت بشهادة عدل و يمين المدعى و لو مع تكرار اليمين لم يكن وجه لتقييد قبول شهادة الوصى على الميت بما إذا كان معه عدل آخر و يمين المدعى، فمقتضى الصحيحة أنّ قبول شهادة الوصى مع عدل آخر يحتاج إلى يمين المدعى، و هذا نوع تخصيص في أدلّة اعتبار البينة في الدعاوى، و لذا يحتاج إلى ضمّها حتى ما لو علم أنّ الميت على تقدير كونه مديونا لم يوفيه و أنّه قد مات و الدين عليه، فدعوى كون اليمين استظهاريا، كما هو ظاهر خبر عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه المتقدمة لا يمكن المساعدة عليها.

نعم لو كان في البين خطاب يكون مدلوله تنزيل يمين المدعى في موارد دعوى المال أو الدين على الغير منزلة شهادة عدل لأمكن القول بكفاية شهادة واحد و يمين المدعى في الدعوى على الميت أيضا أخذا بعموم التنزيل.

و لكن يمكن المناقشة في الجواب بأنّ كون شهادة عدل آخر مع شهادة الوصى لم يؤخذ قيدا في جواب الإمام- عليه السلام- ليكون مقتضاه أنّ شهادة الوصى بدون انضمام شهادة عدل آخر و لو مع يمين المدعى لا يثبت الدين على الميت، بل قد ذكر ذلك في كلام السائل بفرضه شهادة الوصى مع شهادة عدل آخر فذكر- عليه السلام- أنّ شهادتهما لا تفيد إلّا مع يمين المدّعى على الدين على الميت.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۶

....

نعم ذكر ذلك قيدا في الجواب في صدر الرواية في فرض الدعوى للميت على الحيّ فذكر- عليه السلام- تثبت الدعوى إذا انضم إلى شهادة الوصى شهادة عدل آخر مع يمين المدعى، و من الظاهر أنّ الصدر غير معمول به فإنّه لا يعتبر في دعوى الورثة على حيّ بالدين لمورثهم عليه مع شهادة العدلين يمين الورثة فلا بد من أن يترك أو يحمل على عدم قبول شهادة الوصى مطلقا أو في صورة اختلال بعض شرائط الشاهد فيه.

و المتحصل: أنّه لا يبعد القول بثبوت الدين على الميت بشهادة عدل و يمين المدعى، كثبوته بهما على الحى و الفرق بينهما أنّ الدين على الحى يثبت بشهادة العدلين و لكن الدين لا يثبت على الميت بمجرد شهادتهما بل لا بدّ من ضم اليمين.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لو ادّعى الوارث على ميت بدين لمورثهم و كان بينهم عدلان يثبت الدين على الميت المدعى عليه بشهادتهما مع اليمين من كل واحد منهم، فإنّ دعوى العدلين بالإضافة إلى سهام الوارث يحسب بينة فتثبت سهامهم بضم اليمين منهم كما إذا دعوى كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر يحسب شهادة عدل واحد يضمّ إليهما يمينه.

و بتعبير آخر كل من الوارث بالإضافة إلى سهمه من الدين على الميت مدّع، و دعواه بالإضافة إلى سهام الآخرين شهادة. لكن هذا

مبنى على أنّ المأخوذ لا يكون مشاعا بين جميع الورثة بأن يختص كل واحد من الورثة بما يأخذه من الدين بمقدار سهمه، و إلّا تدخل شهادة العدلين من الورثة فى شهادة الشريك لشريكه و هى غير مسموعة كما يأتى فى الشهادات.

الرابع: أنّ ما تقدم من توقف ثبوت الدين على الميت على ضم يمين المدعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۷

و لو شهدت على صبى أو مجنون أو غائب ففى ضم اليمين إلى البينة تردّد أشبهه أنه لا يمين (۱).

لاـ يجرى إذا كان ثبوت الدين عليه بإقرار الميت بالدين له عليه قبل موته، حيث إنّ اعترافه قبل موته نافذ. نعم إذا كان اعترافه فى مرض موته و كان متهما فى إقراره فلا ينفذ ذلك الإقرار، كما يشهد بذلك غير واحد من الروايات كصحيحة منصور ابن حازم قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن رجل أوصى لبعض ورثته أنّ له عليه دينا؟ فقال: إن كان الميّت مرضيا فأعطه الذى أوصى له» «۱»، و تمام الكلام فى كتاب الوصية.

(۱) المنسوب إلى الأكثر بل إلى المشهور الحاجة إلى ضم يمين المدعى بالبينة فى موارد دعوى الدين على مثل الميت ممّن لا لسان له كالصبى و المجنون و الغائب، و عن جماعة بل عن أكثر المتأخرين عدم الحاجة، و يستدل على الحاجة بالتعليل الوارد فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه «۲» المتقدمة، و لكن لاـ يخفى أنّ الصبى و المجنون ليسا من أهل الوفاء لينـدرج احتمال وفائهما فى التعليل المزبور، بل الدعوى متوجهة إلى وليهما.

و الغائب و إن لم يكن له لسان إلّا أنّه على حجته إذا جاء، ففى صحيحة جميل: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، و لا يدفع المال إلى الذى أقام البينة إلّا بكفلاء».

و على الجملة الميت لا لسان له أصلا و الغائب لا لسان له فعلا، فلا يمكن التعدى ممّا ورد فى الأوّل إلى الثانى.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۳، الباب ۱۶ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ۱: ۳۷۶.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۸

و يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق بعد تكفيل القابض بالمال (۱).

هذا مع ضعف الرواية سندا و العمدة فى دعوى الدين على الميت صحيحة محمد بن يحيى الواردة فى شهادة الوصى، و لم يرد فيها تعليل.

(۱) قد ذكر هذا الحكم فى كلماتهم و يستدل على ذلك بصحيحة جميل عن جماعة من أصحابنا، عنهما- عليهما السلام- قال: «الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البينة و يباع ماله و يقضى عنه دينه و هو غائب و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: لا يدفع المال إلى الذى أقام البينة إلّا بكفلاء» «۱».

و الشيخ- قدّس سرّه- و إن رواها بسند فيه ضعف «۲»، إلّا أنّ السند الآخر صحيح، حيث روى عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد اللّه عن أيوب بن نوح عن محمد بن أبى عمير عن جميل، أضف إلى ذلك أنّ له- قدّس سرّه- إلى جميع كتب محمد بن أبى عمير و رواياته التى منها هذه الرواية طريق صحيح، على ما ذكره فى الفهرست، و لا يضرّ باعتبارها التعبير عنها بالمرسلة، فإنّ الإرسال بمثل ما فى الرواية من التعبير بالعدة و الجماعة و غير واحد ظاهره عدم انحصار راويها بواحد أو اثنين، و مع كثرة رواته لا يخلو رواته عن الثقة و العدل، كما يظهر بوضوح بملاحظة من روى عنه جميل. و فيما رواه بسند آخر عن جميل بن دراج عن محمد

بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- مثله إلّا أنّه «زاد إذا لم يكن مليا» «۳».

و مقتضى الجمع بين الكفالة و عدم ملاءة المدعى إنّ المراد بالكفالة التكفيل

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۱۶.

(۲) التهذيب: ۶/ ۲۹۶، الاستبصار: ۳/ ۴۷.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۰۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۷۹

....

بمعنى ضـمانه المال المـدفوع إليه و إلّا فبمجرّد الكفالـة لا تفيد فى تدارك ما يفوت على الغائب أحيانا إلّا أنّ السـند فى تقييد الكفالة بعدم الملائة لا يخلو عن الضعف و مناسبة المقام موجبة لرفع اليد عن اعتبار الكفالة بمعناها الظاهر المعروف.

و ما يقال من أنّه لا يمكن الأخـذ بظاهر مرسـلة جميل فإنّ مقتضاها اعتبار تعـدّد الكفيل لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ظاهرها بمناسـبة الحكم و الموضوع ارادة الجنس من الجمع المحلى باللاـم، فلاـ مجـال فى الحكم فى المقـام، و إن كـان لا يبعـد كما تقـدم أن يكون المراد من الكفيل فيه هو الكفيل بالمال.

و ممّـا ذكرنـا يظهر أنّه لا مجال للتوقف فى الحكم بما فى روايـة أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على قال: «لا يقضـى على غائب» «۱»، فإنّه مضافا إلى ضعف سنده مطلق قابل للتقييد بما إذا لم يكن للمدّعى كفيل.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّه إذا كانت دعوى المدعى على الغائب سـقوط حق الغائب عنه، كما إذا طالب وكيل الغائب الدين لموكّله عن المـدين و ادعى المـدين أنّه أداه لموكّله فإن كان للمـدعى بينة بالأداء أو بالإبراء فهو و إلّا يجب عليه الأداء إلى الوكيل و ليس له إحلاف الوكيل على عدم الأداء أو الإبراء، نعم لو ادّعى عليه علمه بالأداء و الإبراء فله إحلاف الوكيل على عدم علمه.

و يمكن أن يقـال: انّه مع عـدم البينـة له بالأـداء أو الإـبراء و إن يكلّف بالأـداء إلى الوكيـل إلّا أنّه للأخـذ بإقرار المـدين بالـدين عليه للموكّل و عدم إثباته الأداء و الإبراء لا لثبوت القضاء فى الواقعة و عليه يبقى له على الموكل حق دعوى الأداء.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴: ۲۱۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۰

و لو ذكر المدعى أنّ له بينة غائبة خيّره الحاكم بين الصبر و بين إحلاف الغريم (۱) و ليس له ملازمته و لا مطالبته بكفيل.

[و أمّا السكوت]

و أمّا السكوت: فإن اعتمده الزم بالجواب فإن عاند حبس حتى يبين (۲)،

(۱) إذا كان للمـدعى بينـة حاضـرة بحيث حصل القضاء بها و ثبت الـدين على المنكر فلا كلام، أمّا إذا ذكر المـدعى أنّ له بينـة غائبة بدينه خيّره الحاكم بين إحضار البينة و بين إحلاف المنكر لأنّ كلّا من إحضارها و استحلاف الغريم حق للمدّعى فله اختيار أحدهما و قـد تقـدم أنّ حلف المنكر مـدرك للقضاء مع عـدم إقامـة المـدعى البينـة بـدعواه لا مع عدمها، و لكن لو لم يسـتحلف و طلب تأخير القضاء إلى إحضارها لا يكون له ملازمـة الغريم بنحو لا يجوز تلك الملازمـة مع عـدم الخصومة فضـلا عن أن يطلب حبسه أو يطلب

الكفيل، لأنّ الملازمة فرع ثبوت الحق و حبسه فرع امتناعه عن أداء ما ثبت عليه من الدين، و كذا مطالبة الكفيل.

و لكن ربّما يقال: لا بأس بجواز مطالبة المدعى المزبور الكفيل عن خصمه لخوفه من ضياع حقّه و لا تتوقّف الكفالة على ثبوت الدين بل تصحّ مع الدين المحتمل، و فيه أنّ صحّة الكفالة مع الدين المحتمل لا يوجب جواز إلزام الخصم بالكفالة على الدين المحتمل.

(۲) يبقى الكلام فيما إذا لم يجب الخصم عن الدعوى بأن سكت أو أجاب بأني لا أدرى. فنقول:

لو سكت و لم يجب فالمشهور بين المتأخرين أنّه يلزم بالجواب، فإن عاند حبس حتى يجيب، و ينسب ذلك إلى الشيخين و ابن حمزة أيضا، و قد ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّ هذا مروى، و قد تلقّى بعض هذا الكلام بالرواية المرسلة، و لكن لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۱

و قيل: يجبر حتى يجيب، و قيل: يقول الحاكم إمّا أجبت و إلّا جعلتك ناكلا

يخفى ما فيه.

فإنّه يحتمل أن يكون مراده رواية ليّ الواجد تحل عقوبته، بدعوى أنّها تعمّ واجد الجواب أيضا، و قد تقدم في بحث حكم الممتنع عن أداء الدين و لو بدعوى الإعسار أنّ ظاهرها واجد المال، و قيل: إنّ إلزامه بالجواب بعد عناده يكون للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر بمراتبهما و لو بالانتهاء إلى الضرب و الإهانة، و يدخل فيهما حبسه.

و في قول آخر نسب إلى الشيخ- قدّس سرّه- في المبسوط و ابن إدريس و القاضي في مهذّبه و عن العلامة في القواعد، انّ الحاكم يقول له إمّا أجبت و إلّا جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المدعى، و مع إصراره على السكوت و بعد تكراره ثلاثا، يردّ اليمين على المدعى، فإن حلف ثبت حقّه و إلّا سقط.

و لكن قد يناقش في هذا القول بأنّ السكوت لا يعدّ نكولا و رد اليمين من الخصم أو الحاكم يكون مع الإنكار و النكول لا مطلقا و تدفع المناقشة بأنّه لم يرد في الروايات عنوان النكول، بل الوارد فيها ردّ المدعى عليه اليمين، كما في صحيحة محمد بن مسلم «۱»، أو أنّه يرد اليمين على المدعى، كما في صحيحة هشام المتقدمة «۲»، و هذه تعم ما إذا كان الراد هو المدعى عليه أو الحاكم.

و بتعبير آخر مقتضى الروايات الدالة على أنّ البينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه كون طلب الحلف في فرض سكوت المدعى عليه أيضا من حق المدّعى، فإن طلب المدعى هذا الحق و أبى المدعى عليه عن أدائه يردّ الحاكم

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۳: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۲

و رددت اليمين على المدّعى فإن أصرّ ردّ الحاكم اليمين على المدّعى، و الأوّل مرویّ

اليمين على المدعى أخذا بصحيحة هشام.

و ما ورد في بعض الروايات «البينة للمدعى و اليمين على من أنكر» «۱»، لا ينافى ما تقدم لعدم المنافاة بينهما، فيكون اليمين من المدعى عليه منكرا أو ساكتا من حق المدعى.

و قد يقال بعدم الحاجة إلى ردّ الحاكم اليمين على المدعى بإصراره على سكوته و عدم جوابه، بل يحكم الحاكم بثبوت دعوى المدعى، و يستظهر ذلك من صحيحة محمد بن مسلم الواردة في كيفية إحلاف الأخرس، حيث ورد فيها: «انّ عليا- عليه السلام- كتب الحلف ثمّ غسله و أمر الأخرس أن يشربه فامتنع فألزمه الدين» «۲»، و ظاهر الصحيحة أنّ أبا عبد اللّه- عليه السلام- في مقام بيان

كيفيـة القضاء فيما إذا كان المدعى عليه أخرس و لم يكن للمدعى بيّنة، فقوله- عليه السـلام- فى مقام بيان هذا الحكم: «فامتنع فالزمه بالدين»، ظاهره أنّ مع امتناع الخصم عن الحلف و ردّه على المدعى يحكم بثبوت الدعوى بلا حاجة إلى ردّ الحاكم اليمين.

و كـذا يسـتدلّ على ذلك بمعتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه- عليه السـلام- «فى الرجل يدّعى عليه الحق و لا بينة للمدعى؟ قال: يسـتحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» «۳»، بـدعوى أنّ ظاهرها كون المدعى عليه مع عدم البينة للمدعى يلزم بالحلف باستحلافه أو يرد اليمين على المدعى فإن لم يفعل شيئا من ذلك فلا حق له فى الاعتراض بثبوت الدعوى.

---

(۱) مستدرك الوسائل: ۱۷، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴: ۳۶۸.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۲۲.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۳

و الأخير بناء على عدم القضاء بالنكول.

و على الجملة إصـرار المدعى عليه بسكوته و عدم جوابه عن دعوى المدعى يكون امتناعا عن الحلف و عن ردّه على المدعى فيحكم بثبوت الدعوى.

و لكن لا يخفى أنّ صحيحة محمد بن مسلم فى مقام بيان كيفية إحلاف الأخرس فيما إذا لم يكن للمدعى بينة و كان الأخرس منكرا، أمّا انّ الأخرس مع امتناعه عن الحلف يحتاج إلى الحكم إلى رد اليمين على المـدعى من قبل الحاكم أو من قبله فليست فى مقام بيان ذلك، كما يظهر ذلك بملاحظة السؤال فى صدرها.

و أمّا معتبرة عبيـد بن زرارة فلم يظهر أنّ المراد من قوله- عليه السـلام-: «فلا حق له» نفى الحق للمـدعى له لو لم نقل بظهوره فى نفى الحق للرجل المـدعى كما سئل عن حقّه مع عـدم البينة له بذلك الحق و ذكر الإمام- عليه السـلام- أنّ له أن يسـتحلف المدعى عليه فيحلف أو يرد المـدعى عليه اليمين على المـدعى المزبور فيحلف هو، فإن لم يفعل أى لم يحلف المـدعى بعد ردّ اليمين عليه فلا حق له، يعنى يسقط حقّه، فيكون موافقا لما فى غيرها كصحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام-:

«فى الرجل يدعى و لا بيّنة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «۱» هذا أوّلا.

و ثانيا: سـلمنا ظهورها فى أنّ امتناع المـدعى عليه عن الحلف و عن ردّه على المـدعى يوجب ثبوت دعوى المدعى، لكن هذه الدلالة بالإطلاق، حيث تقبل التقييد بأنّه إذا لم يفعل و رد الحاكم اليمين على المدعى فحلف فلا حق له فى الاعتراض، كما أنّ دلالة صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «تردّ اليمين على المدعى» «۲» مطلقة يدل على أنّ القضاء لا يكون إلّا برد اليمين مع عدم إقامة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۴

....

المـدعى البينـة بـدعواه، سواء أردّه المدعى عليه أم ردّه الحاكم و بعد سـقوط الإطلاق من الجانبين يرجع إلى أصالة عدم نفوذ القضاء بلا بينة و لا يمين.

و ربّما يستدل على ردّ الحاكم اليمين مع سكوته عن الجواب بأنّ الحاكم له ردّ اليمين على المدعى فيما إذا كان المدعى عليه منكرا و لم يحلف و لم يردّ اليمين فيكون ردّ الحاكم مع سكوته أولى، و لكن لا يخفى أنّ ردّ الحاكم اعتباره مع إنكار المدعى عليه و نكوله عن الحلف أو الرد أوّل الكلام و ثانيا ما لا يخفى فى دعوى الأولويّة.

و قد ظهر ممّا ذكرنا ان الحكم بأنّ المدّعى عليه مع إصراره على السكوت يحبس أو يجبر بالجواب بمراتب الأمر بالمعروف غير تام، فيما إذا كان ردّ اليمين من المدعى عليه و الحاكم جائزا، كما فى دعوى الأموال، و أمّا فيما لا يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين، كما فى دعوى الزوجية و نحوها فالإجبار بالجواب متعين و اللّه العالم.

و إذا أجاب المدعى عليه بلا أدرى و أنّه جاهل بالحال فقد يقال: أنّه إذا لم يكذبه المدعى فى دعوى الجهل بالحال فليس له إحلافه، و إلّا أحلفه على عدم العلم و يقال فى وجهه أنّه لا يمكن أن يستحلف على نفى الحق الواقعى، لأنّه يدعى الجهل بالحال و أنّه لا يتمكن من الحلف عليه لعدم علمه، و هذا فيما إذا صدقه المدعى فى دعواه الجهل واضح، كما إذا لم يصدقه و لم يكذبه فإنّه لا يجوز له إحلافه أيضا لعدم كون المدعى جازما بعلمه بالحال، و قد تقدم اعتبار الجزم فى سماع الدعوى نعم إذا كذّبه فى دعوى الجهل بأن قال أنت عالم بحقّى فله حينئذ إحلافه على عدم علمه بالحال.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۵

....

و قد يقال بأن المدعى فى الفرض بما أنّه جازم بحقّه على خصمه فدعواه فى الحق عليه مسموعة، و بما أنّ حق المدّعى لا ينحصر فى خصوص استحلاف المدعى عليه، بل حقّه حلفه أو رد الحلف عليه لما تقدم من أنّ الحق للمدعى لا ينحصر بما إذا كان خصمه منكرا، بل على المدعى عليه أمّا اليمين أو ردّها على المدعى، و المدعى عليه متمكن عن الردّ على المدعى و ان لم يتمكن من الحلف مباشرة فيتعين عليه الرد أخذا بما دلّ على أنّ المدعى عليه يحلف أو يرد اليمين و على ذلك فلا تفيده دعوى الجهل بالحال سواء كذّبه المدعى أو صدقه أو قال لا أصدقه و لا أكذّبه لأنّ غاية تصديقه أنّه قد نسى الدين عليه، و هذا لا يوجب عدم سماع دعواه بالدين عليه إذا كانت جزمية كما هو الفرض.

نعم إنّما يتم ذلك فيما إذا كانت الدعوى حقا ماليا يجوز على المدعى عليه فيها ردّ اليمين على المدعى، أمّا فى مثل دعوى الزوجية فلا تسمع دعوى المدعى مع عدم البينة بدعواه و تصديقه بأنّ المدعى عليه جاهل بالحال و أنّه نسيه أو مع عدم تكذيبه فى جوابه بلا أدرى، حيث يعترف بأنّه ليس له حق الاستحلاف لعدم تمكن المدعى عليه من الحلف. نعم لو ادّعى عليه العلم بالحال يكون له استحلاف المدعى عليه على عدم علمه بالحال.

و يؤيّد ذلك ما فى ذيل رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه المتقدمة فى حكم الدعوى على الميّت فإنّه قد ورد فيها: «فإن ادّعى بلا بيّنة فلا حق له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ و لو كان حيّا لألزم اليمين أو الحق أو يردّ اليمين عليه» «۱»، و مقتضى التعليل أنّ مع الدعوى على الحيّ لا يخلو أمر المدعى

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۶

....

عليه عن التزامه بالحق باعترافه به أو اليمين على نفيه أو برد اليمين على المدعى.

و دعوى أنّ مورد الأخبار الواردة فى ردّ اليمين هو ما إذا أمكن للمدعى عليه الحلف ففى مثل ذلك شرع ردّ اليمين على المدعى و أنّه كيف تكون دعوى المدعى مسموعة مع عدم البينة بدعواه و تصديقه بأنّ خصمه يعمل على طبق وظيفته الشرعية من أصالة عدم اشتغال ذمته بشيء لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ الوارد فى تلك الأخبار يمين المدعى عليه و إطلاقه يعم المنكر و غيره إلّا أن يقال بعدم صدق الدعوى مع اعتراف الشخص بأنّ الآخر يعمل على وظيفته الشرعية و هو كما ترى.

نعم إذا أجاب خصمه بلا أدرى فلا يجوز له مطالبته باليمين أو الرد فى الموارد التى ذكرنا عدم جواز ردّ اليمين على المدعى فيها، فلا تسمع فيها الدعوى إلّا بالبينة أو اعتراف خصمه إلّا أنّ يدعى على خصمه، العلم بالحال، و فى الفرض يجب عليه الحلف على نفى علمه و إلّا يجبر على الاعتراف بحق المدعى أو على الحلف على نفى علمه، على ما تقدم فى امتناع من يمتنع عن الجواب عن دعوى المدعى بالسكوت.

لكن مع ذلك لا يبعد دعوى أنّ حق المدعى من المدعى عليه ينحصر بإحلافه، و الرد على المدعى حق للمدعى عليه لا للمدعى و إذا اعترف المدعى بأنّ خصمه لا- يدرى أو قال لا- أدرى أنّه عالم بحقّى أم لا فهذا اعتراف منه بعدم حق له فى الاستحلاف، فلا موجب للرد على المدعى فى الفرض، و اللّه العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۷

و لو كان به آفة من طرش أو خرس (۱) توصّل إلى معرفة جوابه بالإشارة المفيدة لليقين و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر فى الشهادة بإشارته إلى مترجمين عدلين.

---

(۱) يعنى لو كان للمدعى عليه طرش لا- يسمع ما يقال بحيث يتميز، أو خرس لا يتكلّم، توصّل إلى معرفة جوابه بإشارته التى تفيد اليقين بمراده من الإقرار و الإنكار، و لو لم يمكن حصول اليقين بمراده بحيث احتيج إلى مترجم فلا- بدّ من مترجمين عدلين، لأنّ ترجمتهما شهادة بجواب الخصم.

أقول: الترجمة ليست شهادة و لذا تسمع ترجمة شهادة الشاهدين فى حقوق اللّه و لو كانت شهادة لم تقبل لعدم اعتبار الشهادة بالشهادة فى حقوق اللّه، بل إنّها بيان مراد الغير من فعله أو قوله فيعتبر أن يكون من أهل خبرة ذلك، و يكفى فيه الوثاقة فلا يعتبر فيه العدالة فضلا عن التعدد. و لعلّ ما ذكر فى الجواهر من أنّ الترجمة من قرينة الظن بالمراد لا الشهادة راجع إلى ما ذكرنا.

استدراك: بقى ممّا يقول المدعى عليه فى الجواب أمر، و هو أنّه إذا أجاب المدعى عليه بأنّ المال للغير، يعنى لفلان و لو صدقه الغير اعترافه و قال نعم المال لى يكون المقرّ له خصما للمدعى، فإن أقام بينة بأنّ المال له أخذ المال سواء أ كان بيده أم بيد المقرّ و ليس للمدعى بعد أخذه المال دعوى على المقرّ، حيث أنّه قد أخذ ماله، أمّا إذا لم يكن له بيّنة فإن حلف المقرّ له على عدم كون المال له سقط دعواه المال على المقر له كما يسقط دعواه مطلقا إذا ردّ المقر له الحلف عليه فلم يحلف أو ردّه الحاكم عليه فلم يحلف، لأنّ عدم حلفه إسقاط لحقه فى دعوى العين، فلا يبقى للدعوى على المقر مورد.

و يجوز له الدعوى على المقر فيما إذا حلف المقرّ له على نفى دعواه، كما أنّه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۸

[مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب]

اشارة

مسائل تتعلّق بالحكم على الغائب:

[الأولى: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا]

الأولى: يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا (۱) مسافرا كان و حاضرا، و قيل يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم.

يجوز له دعوى العين من الابتداء على المقر بأنّه قد دفع ماله إلى الغير أو أتلفه عليه بإقراره بأنّ العين للآخر و لو حلف المقر على أنّه لم يدفع ماله إلى الغير و انه لم يتلف عليه المال بإقراره فهو و إلّا فيرد اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم عليه بنكوله فحلف أنّ العين كانت له يغرم للمدعى بدل المال، كما هو مقتضى ثبوت إتلاف المقرّ على المدعى ماله بإقراره أنّ العين للمقر له، هذا كلّه فيما إذا صدق المقرّ له المقر فى اعترافه، أمّا إذا قال بأنّ المال لا أدرى أنّه لى أم لا ينحصر خصم المدعى على المقرّ.

فإن كان للمدعى بينة أخذ بدل العين من المقرّ لإتلافه العين على المدعى بإقراره بأنّ العين للغير، و كذا إذا لم تكن بينة و لم يحلف المقر على عدم كون العين له و أنّه لم يتلف عليه ماله بإقراره بأنّها للغير بل ردّ اليمين عليه أو ردّها الحاكم عليه بعد نكول المقرّ، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) الوارد فى جواز القضاء هو عنوان الغائب لا عنوان المسافر ليدعى انصرافه إلى ما يكون السفر شرعيا، بل لا يبعد صدقه على الحاضر فى البلد إذا تم اعلامه بالحضور بالمرافعة و أخفى نفسه و امتنع عن الحضور لصدق الغائب عليه عرفا. أمّا إذا لم يتم الاعلام و لم يحضر لعدم اطلاعه بالدعوى عليه فظاهر إطلاق كلمات جملة من الأصحاب جواز الحكم عليه، و لكن فى جواز القضاء عليه تأمّلا، و مثل الممتنع عن الحضور بعد اعلامه من تعذّر عليه الحضور بنفسه بعد اعلامه، حيث أنّ تعذر حضوره بنفسه لا يوجب أن لا يصدق عليه عنوان الغائب،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۸۹

[الثانية: يقضى على الغائب فى حقوق الناس]

الثانية: يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود، و لا يقضى فى حقوق اللّه تعالى كالزنا و اللواط لأنّها مبنيّة على التخفيف، و لو اشتمل الحكم على الحقين قضى بما يخص الناس، كالسرقة يقضى بالغرم و فى القضاء بالقطع تردد.

خصوصا فيما كان متمكنا على التوكيل فى المرافعة.

ثمّ إنّ ظاهر القضاء هو فصل الخصومة فلا يعم موارد الحكم بثبوت موجب الحدّ كالزنا و اللواط و غيرهما ممّا يترتب على مرتكبه الحدّ، فلا حاجة فى الحكم بعدم مشروعية القضاء فى حدود اللّه سبحانه إلى التشبث بحديث درء الحدود بالشبهة «۱» أو بغيره كما لا يخفى.

نعم قد يقال: إذا ترتب على ثبوت المدعى به كل من التغريم و الحد كدعوى السرقة فبالحكم على الغائب بسرقة المال يثبت الموضوع لإجراء الحدّ أيضا، حيث إنّه لا دليل على أنّ القضاء بثبوت موجب الحدّ يحتاج إلى حضور من يجرى عليه الحد.

و يمكن دفعه بأنّ الدليل على اعتبار الحضور هو أنّ للشخص أن يبطل الحجّة التى هى مستند ثبوت موجب الحد، و بما أنّ المعلوم من مذاق الشرع أنّ بناء الحدود على التخفيف و الممانعة عن ثبوت موجبه مهما كان سبيل لها، كما يظهر ذلك من الروايات الواردة فى ثبوت الزنا بالإقرار بأربع مرات «۲»، فلا يجوز للحاكم أن يأذن الحداد أو يوكّل شخصا فى إجراء الحدّ على الغائب الذى لم يحضر مجلس ثبوت الحدّ، مع احتماله أنّ عنده ما يوجب بطلان الحجّة المزبورة. و لا مانع عن تفكيك ثبوت التغريم عن ثبوت الحد إذا

كان الثبوت تعبّديا.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۴: ۳۳۶.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵ و ۶: ۳۲۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۰

[الثالثة: لو كان صاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينة]

الثالثة: لو كـان صـاحب الحق غائبا فطالب الوكيل فادعى الغريم التسـليم إلى الموكل و لا بينـة، ففى الإلزام تردد (۱) بين الوقوف فى الحكم لاحتمال الأداء و بين الحكم و إلغاء دعواه لأنّ التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، و الأوّل أشبه.

(۱) إذا كان صاحب الحق غائبا و طالب وكيله الغريم بحق موكّله، و ادعى الغريم أنّه قـد أدى المال لموكّله أو أنّ موكّله قد أبرأه و لم يكن لدعواه بينة فهل للوكيل إلزام الغريم بالأداء أو ليس له إلزامه به؟

فقد يقال: أنّه لا يحكم على الغريم بلزوم الأداء من غير فرق بين ثبوت الدين عليه باعترافه أو بالبينة لاحتمال أدائه أو إبراء موكّله.

و قـد يقال: أنّه لو لم يحكم بلزوم الأداء لم يمكن مطالبة الحق بالوكلاء و لا يفيد دعوى الغريم بلا بينة بعد اعترافه بالدين عليه أو قيام البينـة به و ذكر أصـحاب هـذا القول بـأنّه ليس للغريم إحلاف الوكيل على عـدم الأداء إلى موكّله أو عـدم إبرائه، لأنّ دعوى الأداء أو الإبراء متوجّه إلى الموكل الغائب لا إلى وكيله.

نعم لو ادعى الغريم على الوكيل علمه بالأداء المزبور أو الإبراء حلف على عدم علمه.

أقول: فى النفس ممّا ذكر من إلزام الغريم بالأداء شـىء، فإنّ حكم الحاكم بالاشـتغال فعلا، و أنّ الغريم ملزم بالأداء لا يستند إلى البينة القائمـة بثبـوت أصـل الـدين و لا ـ بـإقرار الغريـم بثبـوته سابقـا، حيـث لا ـ مخاصـمة فى الثبـوت سابقـا، بـل يسـتند إلى الاسـتصـحاب و الاستصـحاب غير داخل فى مـدرك القضاء، إلّا أن يقال أنّ مع اعتراف الغريم بالوكالـة للوكيل عن موكّله مع عدم دعواه على الوكيل العلم بالأـداء أو الإبراء اعترافا بأنّه يعمل بوظيفته الوكاليـة شـرعا، فيلزم بالأداء مع عـدم البينـة له، كما هو الحال فى دعواه إبراء الموكّل أيضا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۱

[المقصد الرابع: فى كيفية الاستحلاف]

اشارة

المقصد الرابع: فى كيفية الاستحلاف و البحث فيه فى أمور ثلاثة:

[الأوّل: فى اليمين]

اشارة

الأوّل: في اليمين:

و لا يستحلف أحد إلّا باللّه و لو كان كافرا (١).

---

(١) البحث في كيفية الاستحلاف و ما يترتب على اليمين يقع في أمور:

الأوّل في اليمين و ما يحلف به، الثاني: في يمين المنكر و المدعي، و الثالث: في اليمين مع الشاهد الواحد.

أمّا الأوّل: فظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّه لا يصحّ الحلف و لا يترتب عليه الأثر من سقوط الدعوى و الحق أو ثبوته بغير اللّه سبحانه كالنبي صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و الإمام- عليه السلام- و المشاهد المشرفة و الكتب المنزلة و غير ذلك ممّا له حرمة، و ظاهرهم عدم تعيّن لفظ الجلالة، بل يجوز بكلّ من أسمائه تعالى.

و في صحيحة محمد بن مسلم قال: «قلت لأبي جعفر- عليه السلام-: قول اللّه عزّ و جلّ وَ اللَّيْلِ إِذا يَغْشى «١»، و النَّجْمِ إِذا هَوى «٢» و ما أشبه ذلك فقال:

إنّ للّه عزّ و جلّ أن يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به» «٣»، و نحوها صحيحة علي بن مهزيار «۴»، و في صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد اللّه- عليه السلام- قال: «في كتاب عليّ أنّ نبيا من الأنبياء شكا إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضي فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابي

---

(١) الليل: ١.

(٢) النجم: ١.

(٣) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ١: ١٩١.

(۴) الوسائل: ج ١٨، الباب ٣٠ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ٣: ١٩١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ١٩٢

....

و أضفهم إلى اسمي فحلّفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينة» «١» و قريب منها غيرها.

و مقتضى مثل هذه الروايات جواز الحلف بكل اسم للّه سبحانه، بل مقتضاها عدم اعتبار العربية، و أنّه يصحّ الحلف بكل اسم يرادف اسمه سبحانه من سائر اللغات، خصوصا بملاحظة ما في كتاب علي- عليه السلام- من شكاية نبي من الأنبياء و الوحي إليه حيث لم يقيّد فيها بكون النبي عربيّا و لهذا يكون دعوى انصراف اسم اللّه إلى لفظ الجلالة بلا موجب.

و أيضا لا يبعد جواز الحلف بكل دالّ عليه سبحانه كقوله: و الذي أنزل المطر و أنبت الأرض لصدق الحلف باللّه سبحانه عليه، بل يصدق أنّه حلف باسمه سبحانه، لأنّ المراد بالاسم ليس العلم الشخصي، فإنّ أسماء اللّه سبحانه ليس كلّها من قبيل العلم الشخصي.

ثمّ إنّ المراد بعدم صحّة الحلف بغير اللّه سبحانه عدم جواز ترتب القضاء و غيره من وجوب الوفاء به و ترتب الكفارة على حنثه، أمّا الحلف المعاملي بأن يصالح ما يدعيه من الحق بحلف غريمه بغير اللّه سبحانه من سائر المحترمات فلا بأس به، كما إذا قال لمدعي الأداء أصالح ديني بأن تحلف لي بالأداء بصاحب راية الحسين، أخذا بما دل على نفوذ الصلح و نفوذه.

نعم إذا كان الحلف بشيء أمرا محرّما على ما قيل في الحلف بالطلاق و العتاق و بالبراءة فلا يجوز لعدم شمول وجوب الوفاء بالعقد على الفرض المزبور، كما إذا صالح حقّه على الآخر بشربه الخمر.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۳

و قيل: لا يقتصر فى المجوسى على لفظ الجلالة بل يضمّ إلى هذه اللفظة الشريفة ما يزيل الاحتمال لأنّه يسمّى النور إلها (۱)، و لا يجوز الإحلاف بغير أسماء

---

(۱) قال الشيخ فى المبسوط أنّه يطلب فى استحلاف المجوسى أن يضيف إلى لفظ الجلالة أمرا لينحصر مدلوله باللّه سبحانه و اللّه الذى خلق النور و الظلمة أو باللّه الذى خلق كل شىء، و وجه الإضافة أنّ المجوسى يرى النور إليها، فلعل فى حلفه أراد النور فلا يكون حالفا باللّه سبحانه.

و ناقش فى الجواهر بما حاصله: أنّ اضافة خالق النور أو كل شىء إلى لفظ الجلالة لا تقتضى أن يريد المجوسى الحالف ذاته المقدسة مع أن المعتبر فى الحلف ارادة المحلّف لا الحالف، و لو طلب الحاكم الحلف باللّه سبحانه و علمنا أنّ الحالف يريد بلفظ الجلالة غير ذاته المقدسة فلا يضر فى القضاء و الحكم، و الحاصل أنّ الإطلاق فى الروايات الواردة فى الحلف باللّه مقتضاها عدم اعتبار الزيادة و الإضافة.

أقول: مقتضى الإطلاق و إن كان ما ذكره فيما إذا احتمل إجابة المجوسى أو غيره بالحلف الذى طلبه الحاكم، أمّا إذا علم خلافه و أنّه أراد غيره فلا يكفى فى القضاء لعدم صدق الحلف باللّه عزّ و جلّ عليه.

و دعوى أنّ الحلف يتبع ارادة المحلّف دون الحالف لا يمكن المساعدة عليها، لأن حلف باللّه سبحانه فعل الحالف، أضف إلى ذلك صحيحة صفوان قال: «سألت أبا الحسن- عليه السلام- عن الرجل يحلف و ضميره على غير ما حلف عليه؟ قال: اليمين على الضمير» «۱»، فإنّها و إن كانت ناظرة إلى قصد الحالف فى المحلوف عليه إلّا أنّه لا يحتمل الفرق بينه و بين المحلوف به. و نحوها صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعرى «۲».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۹.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۴

اللّه سبحانه كالكتب المنزلة و الرسل المعظمة و الأماكن المشرفة و لو رأى الحاكم

نعم فى رواية الصدوق اليمين على الضمير يعنى ضمير المظلوم «۱»، لكن هذه لا تكون قرينة على رفع اليد عن ظهور الصحيحتين لاحتمال كون التفسير من الصدوق- قدّس سرّه- مع ضعف سندها، لأنّ سنده إلى إسماعيل بن سعد الأشعرى مجهول.

و على الجملة ظاهر الأصحاب، بل المصرح به فى كلام الأكثر عدم الفرق فى القضاء بالحلف باللّه بين الحالف المسلم و الكافر بأقسامه.

و تشهد لذلك جملة من الروايات كصحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «لا يحلف الرجل اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير اللّه إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمٰا أَنْزَلَ اللّٰهُ «۲»» «۳»، و صحيحة الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن أهل الملل يستحلفون فقال: لا تحلفوهم إلّا باللّه عزّ و جلّ» «۴»، و موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته هل يصلح لأحد أن يحلّف أحدا من اليهود و النصارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف أحدا إلّا باللّه عزّ و جلّ» «۵» و إطلاق هذه يعمّ غير الطوائف الثلاثة أيضا.

لكن فى مقابلها ما ظاهره جواز حلف أهل سائر الأديان بما يعتقدون، و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «أنّ أمير المؤمنين- عليه السلام- استحلف يهوديا بالتوراة التى أنزلت على موسى- عليه السلام-» «۶».

---

(۱) الفقيه: ۳/ ۲۳۳، ح ۳۰.

(۲) المائدة: ۴۸.

(۳) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۱: ۱۹۶.

(۴) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۳: ۱۹۶.

(۵) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۵: ۱۹۶.

(۶) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۵

إحلاف الذمّى بما يقتضيه دينه أردع جاز.

و ربّما يقال إنّها فى واقعة خاصة، و يحتمل اختصاصه بالإمام- عليه السلام-، أو أنّ المراد أنّه- عليه السلام- استحلفه بمنزل التوراة على موسى- عليه الصلاة و السلام-، أو أنّ استحلاف المزبور وقع تغليظا بأن استحلفه به زيادة على الحلف باللّه، لكن كل ذلك كما ترى، و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «سألته عن الأحكام فقال: فى كل دين ما يستحلفون به» «۱»، و فى صحيحة محمد بن قيس قال: «سمعت أبا جعفر- عليه السلام- يقول: قضى على- عليه السلام- فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلفه بكتابه و ملته» «۲».

و لهذا ذكر جماعة منهم الماتن- قدّس سرّه- أنّه لو رأى الحاكم أنّ إحلاف الذمّى بما يقتضيه دينه أردع جاز بلا فرق بين أن يكون المترافعان ذمّيين أو تكون المرافعة بين المسلم و الذمى.

لا يقال: كيف يجوز القضاء بحلفهم بما يعتقدون و إن كان حلفهم به أردع مع انّ الطائفة الأولى تدل على عدم جواز إحلاف أحد بغير أسماء اللّه سبحانه.

فإنّه يقال: لا معارضة بين الطائفتين، فإنّ الطائفة الثانية أخص بالإضافة إلى الأولى، حيث إنّ الطائفة الأولى تمنع عن إحلافهم بغير اللّه عزّ و جلّ، سواء أ كان بما يعتقدون من كتابهم و دينهم أم بغيره، و الثانية أى المجوّزة تختص بما يعتقدون به من كتابهم و دينهم فيرفع اليد عن إطلاق الأولى بالثانية، و على تقدير الإغماض فالطائفة الثانية كالنص فى جواز إحلافهم بكتابهم و دينهم، و ظاهر الأولى المنع فيرفع اليد عن ظهور المنع بثبوت الترخيص فى الحلف بما يعتقدون، فيكون المراد بالمنع أولوية اختيار الاستحلاف باللّه عزّ و جلّ، و على تقدير المعارضة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۴ و ۷ و ۸: ۱۹۸.

(۲) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۲ من أبواب الأيمان، الحديث ۴ و ۷ و ۸: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۶

....

فلا ترجيح للأولى على الثانية، فيرجع بعد تساقطهما إلى الإطلاق فى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و

الأيمان» «۱».

اللّهمّ إلّا أن يقال: أنّ المراد بالأيمان انحلالها بحسب الحالفين لاـ بحسب أنواع الحلف كما هو الحال فى البينات. و ظاهر صحيحة سليمان بن خالد هو المرجع بعد تساقط الإطلاقين، حيث ورد فيها أحكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلّفهم به، إلّا أنّك قد عرفت أنّه لاـ تصل النوبة إلى المعارضة، فالأظهر جواز حلفهم بما يعتقدون من كتابهم و دينهم بلا فرق بين كونه أردع أم لا، إلّا أنّ الأولى بل الأحوط استحلافهم باسم اللّه سبحانه و اللّه العالم.

بقى فى المقام أمران:

الأوّل: قد يقال أنّ إحلاف الكافر باللّه سبحانه أو بما يعتقد على كراهية أو بدونها فيما إذا كان ذميا، أمّا الحربى سواء أ كان من أهل الكتاب أم كان من أهل الشرك و الإلحاد فلا تسمع دعواه على المسلم، و لا تحتاج دعوى المسلم عليه إلى البينة لتصل النوبة مع عدمها إلى حلف الحربى، و ذلك فإنّه لا حرمة للكافر الحربى و المشرك و الملحد نفسا و عرضا و مالا و القضاء و فصل الخصومة لإيصال الحق إلى المحق أو رفع يد غير المحق عن حق الغير فلا موجب لإحلاف الحربى أصلا.

نعم إذا لم يتمكن المسلم فى مورد التخلص من الحربى إلّا بالقضاء أو استحلافه فيكون الواقع صورة القضاء و الاستحلاف وسيلة للانقاذ أو التخلّص منه لا للقضاء الشرعى، و عليه فيجوز الإنقاذ و التخلص بكل وسيلة مشروعة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۷

....

و منها إحلافه بما يعتقد. و دعوى أنّ الملحد و المشرك ربّما يكون معاهدا فيحتاج إلى القضاء لا يمكن المساعدة عليها، لأنّ غاية المعاهدة ثبوت الحكم التكليفى يعنى عدم جواز التعرض عليه نفسا و عرضا و مالاـ أيضا، و لا يوجب ثبوت الحكم الوضعى يعنى الضمان.

الثانى: قد يقال: بعدم جواز الحلف بغير اللّه سبحانه تكليفا من غير فرق بين مقام القضاء و غيره و أنّه لا يترتب على الحلف المزبور أثر من جواز القضاء و كفارة الحنث، بل لا تجوز المصالحة بالحلف بغير اللّه لحرمته.

و يستظهر عدم جوازه من بعض الروايات، كصحيحة على بن مهزيار قال:

«قلت لأبى جعفر الثانى- عليه السلام-: جعلت فداك فى قول اللّه عزّ و جلّ وَ اللَّيْلِ إِذا يَغْشى وَ النَّهارِ إِذا تَجَلّى و قوله عزّ و جلّ وَ النَّجْمِ إِذا هَوى و ما أشبه هذا؟

فقال: إنّ للّه عزّ و جلّ يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه أن يقسموا إلّا به عزّ و جلّ» «۱»، و نحوها صحيحة محمد بن مسلم «۲»، و فى رواية الحسين بن زيد عن الصادق- عليه السلام- عن آبائه عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى حديث المناهى: «أنّه نهى أن يحلف الرجل بغير اللّه، و قال: من حلف بغير اللّه فليس من اللّه فى شىء، و نهى أن يحلف الرجل بسورة من كتاب اللّه عزّ و جلّ و قال: من حلف بسورة من كتاب اللّه فعليه بكل آية منها كفارة يمين فمن شاء برّ و من شاء فجر، و نهى أن يقول الرجل للرجل لا و حياتك و حياة فلان» «۳»، و عن غوالى اللآلى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «من حلف بغير اللّه أشرك، و فى آخر: فقد كفر» «۴».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الايمان، الحديث ۱: ۱۹۰.

(۲) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الايمان، الحديث ۲: ۱۹۰.

(۳) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الايمان، الحديث ۳: ۱۹۰.

(۴) المستدرك: ۱۶، الباب ۲۴، من أبواب الأيمان، الحديث ۳: ۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۸

....

و ظاهر عبارة الماتن يعطى عدم الجواز، و عن الدروس و الروضة و فى تحريمه أى الحلف بغير اللّه فى غير الدعوى نظر من الخبر و الحمل على الكراهة، و أمّا الحلف بالطلاق و العتاق و البراءة فحرام قطعا.

أقول: القول بالتحريم ضعيف، غايته لجريان السيرة القطعية من المتشرعة الحلف بسائر المحترمات و لو كان هذا أمرا محرما لكانت حرمته من المسلمات، و فى صحيحة صفوان بن يحيى عن أبى جرير القمى قال: «قلت لأبى الحسن- عليه السلام-: جعلت فداك قد عرفت انقطاعى إلى أبيك ثم إليك ثم حلفت له و حق رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و حق فلان و فلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرنى به إلى أحد من الناس و سألته عن أبيه أ حى هو أم ميت؟ فقال: قد و اللّه مات- إلى أن قال:- قلت: فأنت الإمام؟ قال: نعم» «۱».

و لو كان الحلف بغير اللّه محرما لمنع الإمام- عليه السلام- الحلف بحق رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و سائر الأئمة، بل كان المناسب لصفوان أن يذكر له حرمة هذا الحلف، و فى معتبرة مروك بن عبيد عن محمّد بن يزيد الطبرى قال: «كنت قائما على رأس الرضا- عليه السلام- بخراسان- إلى أن قال:- فقال: بلغنى أنّ الناس يقولون إنّا نزعم أنّ الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم ما قلته قط و لا سمعت أحدا من آبائى و لكنى أقول: ان الناس عبيد لنا فى الطاعة موال لنا فى الدين» «۲».

و المتحصل: أنّ ما ورد فى صحيحة على بن مهزيار و غيرها يكون المراد منه أنّ ما يترتب على حلف العباد من حرمة الحنث و قطع المخاصمة به لا يترتب على غير الحلف باللّه أو على استحباب اختيار الحلف باللّه فى مقام الحاجة إلى الحلف أو تعينه، كما فى الحلف الذى يترتب عليه القضاء.

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأيمان، الحديث ۶: ۱۹۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۳۰ من أبواب الأيمان، الحديث ۷: ۱۹۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۱۹۹

و يستحب للحاكم تقديم العظة على اليمين (۱) و التخويف من عاقبتها، و يكفى أن يقول: قل: و اللّه ماله قبلى حق، و قد يغلّظ اليمين بالقول و الزمان و المكان لكن ذلك غير لازم و لو التمسه المدعى بل هو مستحب استظهارا فى الحكم.

(۱) يستحب للحاكم أن يقدم على اليمين وعظ من عليه اليمين بكراهة اليمين الصادقة، و لو بدعوة المتخاصمين إلى المصالحة و التخويف من اليمين الكاذبة و منع جحد حق الناس عليه و التعدى عليهم بما فى الآيات و الروايات نظير قوله سبحانه وَ لا تَجْعَلُوا اللّٰهَ عُرْضَةً لِأَيْمٰانِكُمْ «۱»، و ما فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: من أجلّ اللّه أن يحلف به أعطاه اللّه خيرا ممّا ذهب منه» «۲»، و ما فى صحيحة محمد بن يحيى الخزاز قال:

«سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: لا تحلفوا باللّه صادقين و لا كاذبين» «۳»، و ما فى صحيحة أبى عبيدة الحذاء و غيرها من «أنّ اليمين الكاذبة و قطعية الرحم تذران البلاد بلاقع من أهلها» «۴» أى خالية من أهلها و «إنّ الحلف باللّه كاذبا مبارزة للّه سبحانه» «۵» و

غير ذلك.

حيث إنّ مقتضى قوله سبحانه وَ ذَكِّرْ فَإِنَّ الذِّكْرى تَنْفَعُ الْمُؤْمِنِينَ «۶»، و ما دلّ على الاحتياط فى حقوق الناس هو استحباب العظة و التخويف ممّا يترتب على اليمين كاذبا.

و ممّا ذكر يظهر وجه استحباب التغليظ فى اليمين قولا و زمانا و مكانا، و وجه

---

(۱) البقرة: ۲۲۴.

(۲) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۱ من أبواب الأيمان، الحديث ۳: ۱۴۰.

(۳) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۱ من أبواب الأيمان، الحديث ۵: ۱۴۰.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب الأيمان، الحديث ۱: ۱۴۴.

(۵) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۱۴۵.

(۶) الذاريات: ۵۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۰

فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: قل: و اللّه الذى لا إله إلّا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك، الذى يعلم من السرّ ما يعلمه من العلانية، ما لهذا المدعى علىّ شىء ممّا ادعاه، و يجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم.

الظهور أنّ المراد بالتغليظ طلب الحاكم ممّن عليه اليمين الغلظة فى اليمين فانّ هذا التغليظ نوع احتياط فى إيصال الحقوق إلى ذويها و قد شرع القضاء لغاية فصل الخصومة و التمكين على وصول ذى الحق إلى حقه.

و لا يبعد استفادة التغليظ قولا ممّا ورد فى إحلاف الأخرس «۱»، و ما روى فى قرب الاسناد عن الحسن بن ظريف عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه- عليهما السلام-: «انّ عليا- عليه السلام- كان يستحلف النصارى و اليهود فى بيعهم و كنائسهم و المجوس فى بيوت نيرانهم و يقول: شددوا عليهم احتياطا للمسلمين» «۲» و لعلّ فى قوله سبحانه تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاةِ «۳» إشارة إلى التغليظ من حيث الزمان، و المكان و قد ورد أيضا التغليظ فى الدعوى على الميت.

و على الجملة فالمنسوب إلى المشهور استحباب التغليظ فى اليمين و انّه ثابت فى جميع الحقوق عدا المال فإنّه لا تغليظ فيما دون نصاب القطع من المال.

و يستدل على الاستثناء برواية محمد بن مسلم و زرارة عنهما- عليهما السلام- جميعا قالا: «لا يحلف أحد عند قبر النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم على أقل ممّا يجب فيه القطع» «۴»، و لكن الدلالة مبتنية على كون لا يحلف بالتشديد، أضف إلى ذلك ضعف سندها.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۲۲.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۲۱۹.

(۳) المائدة: ۱۲۶.

(۴) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۱۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۱

و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكله من الأماكن المعظمة.

و بالزمان كيوم الجمعة و العيد و غيرهما من الأوقات المكرمة.

و يغلّظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها، و يستحب التغليظ فى الحقوق كلّها و إن قلّت عدا المال فإنّه لا يغلّظ فيه بما دون نصاب القطع.

[فرعان]

اشارة

فرعان:

[الأوّل: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر]

الأوّل: لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لم يجبر و لم يتحقق بامتناعه النكول (۱).

---

(۱) المشهور ان استحباب التغليظ للحاكم بأن يطلب ممّن عليه اليمين اليمين المغلظة و أمّا الحالف فلا استحباب فى حقّه بل يكره التغليظ منه، كما يكره الحلف و عليه فلو امتنع الحالف عن تغليظ يمينه و حلف بدونه لا ـ يكون ناكلا ـ بل على الحاكم القضاء فى الواقعة بذلك الحلف و ذلك أخذا بما دلّ على نفوذ القضاء بالبينات و الأيمان بعد رفع اليد عن إطلاقه بالإضافة إلى الحلف بغير اللّه سبحانه و الحلف بغير مطالبة المدعى.

و فى صحيحة أبى حمزة عن على بن الحسين- عليهما السلام- قال: «قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: لا تحلفوا إلّا باللّه و من حلف باللّه فليصدق و من لم يصدق فليس من اللّه و من حلف له باللّه فليرض و من حلف له باللّه فلم يرض فليس من اللّه عزّ و جلّ» «۱».

فإنّ إطلاقها يعمّ صورة طلب اليمين المغلظة.

و على الجملة الثابت من الروايات أنّ ما على المدعى عليه مع عدم إقامة المدعى البينة بدعواه اليمين على نفى الدعوى و إنّ للمدعى أن يطلبها من

---

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۶ من أبواب الأيمان.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۲

....

خصمه و أمّا كون اليمين المغلظة حقّا له فلم يثبت ذلك، نعم قد يناقش بأنّه لا يجتمع الاستحباب للحاكم مع عدم وجوب الإجابة على من عليه اليمين.

و يؤيد وجوب الإجابة بما ورد فى استحلاف الأخرس و بما ورد فى اليمين الاستظهارى لظهورهما فى كون ترك اليمين المغلظة نكولا و مسقطا للدعوى على الميت، حيث ورد فى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه المتقدّمة الواردة فى دعوى الدين على الميت بعد إقامة البينة به: «فعلى المدعى اليمين باللّه الذى لا إله إلّا هو لقد مات فلان و انّ حق لعليه فإن حلف و إلّا فلا حق له» «۱».

أقول: إمكان التفكيك بين الاستحباب للحاكم و عدم وجوب الإجابة على من عليه اليمين ظاهر، بل لا يبعد القول بعدم وجوب الإجابة بالتغليظ زمانا أو مكانا، و إن قيل بوجوب الإجابة فيهما، فإنّ عدم وجوب الإجابة مقتضى الإطلاق المتقدم و كون التغليظ استظهارا يناسب عدم وجوب الإجابة فإنّ من عليه اليمين اقدامه على اليمين المغلّظة مع علمه بعدم وجوب التغليظ عليه يناسب صدقه

فی عدم ثبوت الحق علیه أو ثبوت ما یحلف علیه من الحقّ.

و ما ورد فی الدعوی علی المیت ظاهره أنّه یتعین علی الحاکم المطالبهٔ بالحلف بنحو التغلیظ و أنّه لا یکون مجرّد الحلف باللّه مدرکا لقضائه، لا أنّ الحاکم إذا طلب الحلف المغلظ یکون علیه ذلک الحلف، کما هو المدعی، مع أنّه قد تقدمت المناقشهٔ فی سندها، أمّا ما ورد فی حلف الأخرس فإنّها واقعهٔ خاصهٔ و لعلّه- علیه السلام- قد أحرز امتناعه عن الحلف لا بما هو حلف مغلّظ.

و علی الجملهٔ فإن لم یطلب المدعی الحلف من المدعی علیه حتی صار زمان

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۲.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۲۰۳

[الثانی: لو حلف لا یجیب إلی التغلیظ]

الثانی: لو حلف لا یجیب إلی التغلیظ فالتمس خصمه لم تنحل یمینه (۱).

یری حرمته أو دخل فی مکان کذلک فوجوب الإجابهٔ علی المدعی علیه بما أنّه اجابهٔ علی الاستحلاف و لا بأس به إذا اجتمعت فی الزمان المزبور أو المکان المزبور سائر شرائط الاستحلاف، أمّا إذا طلب فی مجلس الحکم أن یحلف فی ذلک المکان أو ذلک الزمان فلا یجب علیه الإجابهٔ إلّا علی نفس الحلف.

(۱) ذکر- قدّس سرّه- أنّ التغلیظ و إن کان یستحب للحاکم إلّا فیما تقدم فی المال الأقل من نصاب القطع إلّا أنّه مکروه بالإضافهٔ إلی الحالف بحیث لا ینحلّ یمینه فیما إذا حلف علی ترک التغلیظ فی حلفه فإنّ الحلف علی شیء إنّما ینحل فیما إذا صار المحلوف علیه مرجوحا فی زمان العمل و ترک التغلیظ لا یصیر مرجوحا و لو مع استدعاء المدعی أو طلب الحاکم.

لا یقال: علی ذلک لو حلف علی ترک الحلف و اتفق المرافعهٔ بینه و بین غریمه و وصلت النوبهٔ إلی طلب الحلف منه فاللازم أن یردّ الیمین علی خصمه لعدم انحلال حلفه.

فإنّه یقال: بانحلال حلفه فی الفرض و الانحلال واضح فی موارد عدم جواز ردّ الیمین علی المدعی لعدم کون الدعوی فی المال بل فی مورد دعوی المال علیه أیضا انحلاله مقتضی نفی الضرر بخلاف الحلف علی ترک التغلیظ.

اللّهمّ إلّا أن یقال: إنّه لم تثبت کراههٔ التغلیظ فی فرض الحلف، إنّما الثابت کراههٔ الحلف و إنّ المطلوب ترکه إجلالا للّه سبحانه و لو بتحمل الضرر کما هو المستفاد ممّا تقدم کمعتبرهٔ السکونی عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: من أجلّ اللّه سبحانه أن یحلف به أعطاه اللّه خیرا ممّا ذهب منه» «۱»، و فی موثقهٔ أبی أیوب الخزاز قال: «سمعت أبا عبد اللّه- علیه السلام- یقول: لا تحلفوا باللّه

(۱) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۱ من أبواب الأیمان، الحدیث ۳: ۱۴۰.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۲۰۴

و حلف الأخرس بالإشارهٔ (۱) و قیل توضع یده علی اسم اللّه فی المصحف أو یکتب اسمه سبحانه و یوضع یده علیه.

و قیل یکتب الیمین فی لوح و یغسل و یؤمر بشربه بعد اعلامه فإن شربه کان حالفا و إن امتنع ألزم الحق استنادا إلی حکم علیّ- علیه السلام- فی واقعهٔ الأخرس.

صادقين و لا كاذبين فإنّه عزّ و جلّ يقول لَا تَجْعَلُوا اللّهَ عُرْضَةً لِأَيْمانِكَمْ «۱»» «۲»، إلى غير ذلك.

و عليه فلو حلف على ترك اليمين المغلظة بأن لا يحلف باللّه سبحانه مغلظا ينعقد الحلف فإنّه من الحلف على ترك المكروه، و ان حلف أنّه إذا حلف باللّه سبحانه في مورد فلا يجعله مغلظا فصحّة هذا الحلف مبنية على كون ترك التغليظ مع فرض الحلف إجلالا للّه سبحانه أيضا و لا يخلوا عن تأمّل.

و دعوى أنّ التغليظ مع طلب الحاكم و لو بالتماس المدعى اجابة للمؤمن و الإجابة له مستحب لا يمكن المساعدة عليها، فإنّه لم يثبت استحباب إجابة المؤمن في ترك المستحب و فعل المكروه كما لو دعاه مؤمن و التمس منه ترك صلاة الليل و نحوها، نعم ورد ذلك فيمن صام ندبا و دعاه أخيه المؤمن إلى الأكل.

(۱) المشهور عند الأصحاب انّ حلف الأخرس بالإشارة المفهمة كغيره من إنشاءاته و قرائته في الصلاة و تلبيته و غير ذلك، و في معتبرة السكوني عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-: «أنّ عليّا- عليه السلام- قال: تلبية الأخرس و تشهده و قراءة القرآن في الصلاة تحريك لسانه و إشارته بإصبعه» «۳» و ظاهرها اعتبار تحريك اللسان، مع أنّه لم يرد فيها ذكر غير التلبية و الصلاة و قراءة القرآن، فيكون التعدى إلى مثل الحلف

---

(۱) البقرة: ۲۲۴.

(۲) الوسائل: ج ۱۶، الباب ۱ من أبواب الأيمان، الحديث ۵: ۱۴۰.

(۳) المصدر نفسه: ج ۹: الباب ۳۹، من أبواب الإحرام، الحديث ۱: ۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۵

و لا يستحلف الحاكم أحدا إلّا في مجلس قضائه (۱) إلّا مع العذر كالمرض المانع و شبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلّفه في منزله و كذا المرأة التي لا عادة

لعدم احتمال الفرق أو الوثوق بعدمه.

و يشكل الوثوق فضلا عن عدم احتمال الفرق بملاحظة صحيحة محمد بن مسلم الواردة في حلف الأخرس حيث ورد فيها بعد السؤال عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه الدين و أنكر و ليس للمدعى بيّنة: «إنّ أمير المؤمنين- عليه السلام- أتى بأخرس فادّعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينة، فقال أمير المؤمنين- عليه السلام-:

الحمد للّه الذي لم يخرجني من الدنيا حتى بيّنت للأمة جميع ما تحتاج إليه- إلى أن قال: كتب الحلف و غسله ثم أمره بشربه» «۱» و لذا نسب الماتن- قدّس سرّه- الحلف كذلك إلى بعض، كما نسب إلى بعض اعتبار وضع الأخرس إصبعه على اسم اللّه في المصحف أو غيره، و لعلّ الوضع كذلك محقق للإشارة إلى الحلف بإصبعه.

و المتحصل: أنّ المستفاد من الصحيحة أنّ استحلاف الأخرس يحصل بما ورد فيها و مقتضى الجمع بينها و بين المعتبرة أنّ ما ورد في الصحيحة داخل في إشارة الأخرس و لو حكما، و حيث لم يعهد من أحد من الأصحاب القول بتعين ما ورد في استحلاف الأخرس فالأحوط ضم الإشارة إليه، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) الظاهر عندهم أنّه يعتبر صدور الحلف ممّن عليه اليمين عند الحاكم في مجلس قضائه بطلب من الحاكم فلا يجوز للحاكم أن يوكّل شخصا آخر في استحلافه، و يستدل على ذلك بأصالة عدم انقطاع الخصومة و نفوذ الحكم بغير الحلف المزبور مع عدم عموم أو إطلاق يقتضى نفوذ الحكم مع التوكيل في

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳۳، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۲۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۶

لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعة بأحد الأعذار.

الاستحلاف، بل ظاهر صحيحة سليمان بن خالد كون الحلف بطلب الحاكم بالمباشرة حيث ورد فيها: «أنّ نبيا من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضى فيما لم أر و لم أشهد؟ فأوحى اللّه إليه: احكم بينهم بكتابى و أضفهم إلى اسمى فحلّفهم به» «۱».

و لكن لا يخفى أنّه لو كانت المباشرة فى الطلب و الحلف فى مجلس القضاء معتبرة لما كان فرق بين صورتى الاختيار و العذر، حيث إنّه لو لم يمكن حضور من عليه اليمين مجلس الحاكم أو كان فيه عسر لكان على الحاكم فى نفوذ حكمه الحضور عند من عليه اليمين و جعل منزله مجلس قضائه فى الواقعة، و مع عدم إمكان ذلك ليوقف الحكم فى الواقعة كسائر موارد إيقافه، فلا وجه لتفصيل الماتن و غيره بين الصورتين، و على الجملة مقتضى الأصل العملى المزبور أو ما يدعى استظهاره من صحيحة سليمان بن خالد عدم الفرق بين صورتى الاختيار و العذر.

و لكن الأظهر أنّه لا يعتبر فى الحلف أن يكون فى مجلس القضاء حتى فى حال الاختيار، فإنّ مقتضى ما ورد فى مدرك القضاء كونه بالبينة من المدعى و مع عدم إقامتها بحلف المدعى عليه، سواء أ كان الحلف عند الحاكم أو عند وكيله فإن غاية ما ثبت اعتباره أن يكون الإحلاف من الحاكم بعد مطالبة المدعى و الطلب كما يكون بالمباشرة كذلك يكون بالتسبيب، فإن فعل الوكيل ينسب إلى موكّله.

و الحاصل: أنّه لا يعتبر كون الاستحلاف فى مجلس القضاء بل لا يبعد أن يكون الأمر فى سماع البينة كذلك بأن يوكل الحاكم شخصا أو أشخاصا لسماع شهادة الشاهدين، فيكون حكمه بعد إحرازه شهادتهما حكما بالبينة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۷

[البحث الثانى: فى يمين المنكر و المدعى]

اشارة

البحث الثانى: فى يمين المنكر و المدعى.

اليمين تتوجه على المنكر (۱) تعويلا على الخبر و على المدّعى مع الرد و مع

---

(۱) يتوجّه اليمين على المنكر من المتخاصمين بلا خلاف يعرف أو ينقل لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «البيّنة على من ادّعى و اليمين على من أدعى عليه» «۱» كما فى صحيحة جميل و هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-، و قوله- عليه السلام- فى صحيحة بريد بن معاوية: «الحقوق كلّها البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه إلّا فى الدم خاصة» «۲»، و فى صحيحة جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا أقام المدعى البينة فليس عليه يمين و إن لم يقم البينة فرد عليه الذى ادعى عليه اليمين فأبى فلا حق له» «۳». و مثل هذه الأخيرة تدلّ على توجه اليمين على المدعى مع ردّ المنكر الحلف عليه، أو حتى مع نكوله على ما تقدم. و يتوجه اليمين أيضا على المدعى فى دعوى المال إذا كان له شاهد واحد كما يأتى.

و يتوجّه على المدعى و قبيلته فى دعواه القتل أو الجرح مع اللوث المعبر عنها بالقسامة على ما يأتى فى بحث ثبوت دعوى القتل، و قد علّل الماتن- قدّس سرّه- عدم الحاجة إلى اليمين مع البيّنة للمدعى بعدم التهمة فى البينة، و علّل وصول النوبة مع عدمها إلى يمين المنكر باستناده إلى البراءة الأصلية، فيكون أولى بها، و لكن التعليل فى كلا الحكمين ضعيف، فإنّ مع إقامة المدعى البينة بدعواه يتمّ ملاك القضاء على ما تقدم من الروايات المشار إليها، و قد ذكر فيها أنّ المطلوب منه البينة: المدعى، و انّ المطلوب منه اليمين: هو المدعى عليه، و فى رواية منصور

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۰.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۰.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۷۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۸

الشاهد الواحد، و قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم و لا يمين للمنكر مع بينة المدعى لانتفاء التهمة عنها و مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية فهو أولى باليمين.

عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-، حيث ورد فيها: «لأنّ اللّه عزّ و جلّ إنّما أمر أن تطلب البينة من المدعى، فإن كانت له بينة و إلّا فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر اللّه عزّ و جلّ» «۱».

و الحاصل: أنّ مقتضى الروايات أنّ مع البينة للمدعى يتم ملاك القضاء و الشبهة فى البينة توجب الفحص عن حال البينة لا ضم يمين المدعى و مع عدم تمام البينة تصل النوبة إلى يمين المدعى عليه سواء كان المدعى عليه قوله مطابقا لأصالة البراءة، أو غيرها من الأمور المعتبرة فى حق القاضى المفروض عدم علمه بالواقعة المرفوعة إليه.

أمّا ما فى رواية سلمة بن كهيل «۲» من إحلاف المدّعى مع البينة له فلا يمكن الاعتماد عليها، لضعفها سندا، و مع الغمض يحمل اليمين على الاستحباب بقرينة ما دلّ على أنّ مع البينة يتم موضوع القضاء و انّ اليمين على المدعى عليه مع عدمها، و مع الإغماض عن ذلك أيضا يكون الترجيح مع الروايات الدالة على الاكتفاء فى القضاء ببينة المدعى، لأنّ ضم اليمين إليها مذهب العامة، و على الجملة ضم اليمين إلى البينة ثبت اعتباره فى الدعوى على الميت، و فى غيرها يؤخذ بمقتضى الروايات المشار إليها.

ثمّ إنّه يعتبر فى الحلف كونه على نحو القطع و البتّ، و عليه فهل يجوز

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴: ۱۷۱.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴: ۱۷۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۰۹

و مع توجهّها يلزمه الحلف على القطع مطّردا (۱) إلّا على نفى فعل الغير فإنّها

للحالف الحلف كذلك فيما كان مستنده أمارة معتبرة فى حقه أو أصل معتبر كذلك كقاعدة اليد و أصالة الصحّة أو الاستصحاب مع أنّه قد ورد فى الروايات عدم جواز الحلف على غير العلم؟

لا يبعد أن يقال بجواز الحلف فيما إذا كان مقتضى دليل اعتبار الأمارة أو الأصل العلم بالواقع، حيث انّ الامارة أو الأصل المحرز بدليل الاعتبار يقوم مقام العلم المأخوذ فى الموضوع للحكم بنحو الطريقية و أمّا بناء على أنّ المجعول و المستفاد من دليل الاعتبار

جعل الحكم التكليفى الظاهرى الطريقى أو جعل المنجزية و المعذرية فالحلف استنادا عليه مشكل، لعدم العلم بالمحلوف عليه.

و لعل قول الماتن بعد ذلك: و مع توجهها يلزم الحلف على القطع مطردا، مقتضى اعتباره وقوع الحلف فى الموارد المزبورة أيضا على نحو البت، و لا يكفى فيها الحلف على عدم العلم، بل قوله فى المقام فالمنكر مستند إلى البراءة الأصلية يقرب من الصراحة فى ذلك، و لكنه كما ترى.

(۱) ظاهره أنّ مع توجه اليمين على أحد الخصمين فى مرافعة فاللازم عليه أن يحلف على نحو القطع و البت بأن يحلف على ثبوت المدعى به، كما فى اليمين المردودة إلى المدعى أو على نفيه، كما فى يمين المنكر، و استثنى من اعتبار وقوع الحلف على القطع موردا واحدا، و هو الحلف على نفى فعل الغير، فإن المعتبر فيه أن يحلف على نفى علمه به.

و لكن لا يخفى ما فى الاستثناء فإنّ المدعى به فيما إذا كان من فعل الغير فلا تسمع الدعوى على الخصم إلّا بالبينة، كما تقدم فى مسألة ما إذا أجاب المدعى عليه بأنّه لا أدرى، نعم لو ادعى على الخصم أنّه يعلم بوقوع فعل الغير فأنكر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۰

على نفى العلم، فلو ادّعى على ابتياع أو قرض أو جناية فأنكر حلف على الجزم.

فعليه الحلف على نفى علمه، و هذا العلم يوجب سقوط دعوى العلم عليه، و لا يوجب عدم سماع دعوى فعل الغير، كما إذا وجد المدعى بعد ذلك بينة على ذلك الفعل على ما تقدم.

و على ذلك فلا يتوجه فى مورد دعوى فعل الغير حلف على الخصم، و مع دعوى العلم عليه يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به الثانى، و هو دعوى العلم عليه، فيكون حلفه على عدم علمه حلفا على القطع و البت، و على الجملة فمع توجه الحلف يكون الحلف فى كل مورد على نحو القطع و البت بلا استثناء، و لا يتوجه الحلف فى مورد دعوى فعل الغير بلا دعوى العلم به على الخصم أصلا، و يشهد لما ذكرنا ما فرعه بعد ذلك على هذا الاعتبار، و قال: و لو ادعى على أبيه الميّت لم يتوجه إلى الابن اليمين إلّا مع دعوى علمه بدين أبيه.

هذا ما يتعلّق بالعبارة، و أمّا أصل اعتبار وقوع الحلف على نحو الجزم و البت فإنّ ظاهر ما دلّ على أنّ البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه وقوع الحلف على نفى المدعى به كما أنّ على المدعى إقامة البينة عليه، و كذا ما دل على رد اليمين على المدعى وقوع الحلف منه على ما ادعاه و بضميمة ما دلّ على أنّه لا يحلف الرجل إلّا على علمه و لا يستحلف إلّا على علمه أنّه إنّما يتوجه اليمين على من ادعى عليه مع علمه بما يحلف عليه.

و المتحصل: أنّه لا فرق فى الحلف على فعل نفسه أو غيره فى أنّه لا يترتب على نفى العلم إلّا سقوط دعوى العلم، نعم لو رد منكر العلم اليمين على مدعى العلم عليه فحلف ثبت ذلك الفعل و هذا مشترك بين ما إذا كانت الدعوى فعله أو فعل غيره.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۱

و لو ادّعى على أبيه الميت لم يتوجه اليمين ما لم يدع عليه العلم فيكفيه

ثمّ إنّ المصنّف- قدّس سرّه- قد فرّع على ما ذكره من اعتبار الجزم و البت فى الحلف على نفى فعله و كفاية الحلف على نفى العلم فى فعل غيره أنّه لو ادّعى عليه ابتياعا أو قرضا أو جناية يعتبر الحلف على نفيه بنحو الجزم و البت لأنّ المدعى به فعله، بخلاف ما إذا ادّعى على أبيه الميت بما ذكر فإنّه يكفى فيه الحلف على نفى علمه به مع دعوى العلم على الابن، و كذا الحال فيما قال من عليه الحق قبض وكيلك حقك، فإنّه يكفى أن يحلف الموكّل على عدم علمه بقبض الوكيل مع دعوى العلم عليه.

و قال فى الجواهر فى ذيل ذلك: إنّه لو يتضمن الدعوى دعوى العلم على الموكّل فلا مورد لليمين، بل إن كانت للمدعى بينة بدعواه

و إلّا فلا- تسمع، و نقل عن كشف اللثام أنّ الموكل حتى مع حلفه على عدم علمه بقبض وكيله فللمدعى إثبات قبضه أو أن يحلف على البراءة، و أورد عليه بأنّه لا مورد لحلف مدعى القبض على البراءة بلا رضا الموكل بيمينه، بل مع رضاه أيضا بمعنى أنّه لا يترتب على حلفه بالبراءة القضاء بها أمّا مع عدم رضاه فظاهر لعدم تحقق رد اليمين، و كذا مع رضاه لأنّ رضاه لا يجعل يمين البراءة بقبض الوكيل يمينا مردودة فإنّ اليمين المردودة تكون برد من يتوجه إليه اليمين و الموكل فى الفرض لا يتوجه إليه اليمين على نفى القبض، إلّا أن يدعى كفاية رضا المدعى عليه بحلف المدعى فى ردّها، و إن لم يكن المدعى عليه ممّن يتوجّه إليه اليمين.

أقول: إذا كان المدعى به فعل الغير، و أجاب المدعى بعدم علمه به فلا يتوجه إليه اليمين على النفى، أمّا إذا أنكر وقوع الفعل فعليه الحلف على عدم وقوع الفعل، أو ردّ الحلف على المدعى، نعم لا يجتمع الحلف على عدم العلم مع اليمين المردودة، إلّا مع مصالحة الموكّل الحالف حقّه بحلف المدعى على القبض

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۲

الحلف أنّه لا يعلم و كذا لو قال قبض وكيلك.

أو على البراءة و تدخل اليمين فى اليمين المعاملى لا فى اليمين المردودة.

و تعرّض صاحب الجواهر- قدّس سرّه- فى المقام لفرع، و تكلّم فى الحلف فيه أنّه على نفى العلم لكونه من فعل الغير أو أنّه من الحلف على فعل نفسه ليعتبر فيه الحلف على نحو البت و الجزم، و هو ما إذا ادّعى على عبده جناية بما يتوجه استحقاق العبد أو استحقاق بعضه فهل للمولى الحلف على عدم علمه بجنايته أو يتعين عليه الحلف على نفيها بنحو البت، و منشأ الاحتمالين هو أنّ الدعوى المزبورة على المولى لكونه هو الغريم و العبد كسائر أمواله مملوك له، أو أنّ المدعى به من فعل الغير.

و نقل عن كشف اللثام أنّه بناء على كونها من فعل الغير يتعين إثباتها بالبينة سواء أحلف المولى على نفى علمه أم اعترف المدعى بعدم علمه و بناء على كون المولى هو الغريم تثبت الجناية بحلف المدعى مع نكول المولى عن الحلف على نفى الجناية، و لا يكفى حلفه على عدم علمه.

و اختار- قدّس سرّه- انّ الحلف فى الدعوى المزبورة حلف الغريم و نقل عن المسالك أنّه بنى الوجهان على تعلق أرش الجناية برقبة العبد فقط أو برقبته و ذمته، بحيث يتبع العبد بعد عتقه بما فضل أرش جنايته، فإن قيل بالأوّل يكون المولى هو الغريم، و على الثانى يكون الحلف على نفى العلم.

أقول: يظهر الحال فى الفرع ممّا ذكرنا من عدم الفرق بين فعل نفسه و فعل غيره، فإن كان منكرا يتوجه إليه اليمين على نفى المدعى به، و إن أجاب بالجهل بالحال فليس عليه حلف إلّا مع دعوى العلم عليه فمعها يحلف على عدم علمه، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۳

و أمّا المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه إلّا مع الرد أو نكول المدّعى عليه على قول، فإن ردّها المنكر توجهت فيحلف على الجزم و لو نكل سقطت دعواه إجماعا (۱).

و لو ردّ المنكر اليمين ثمّ بذلها قبل الإحلاف قال الشيخ: ليس له ذلك إلّا برضا المدعى (۲) و فيه تردد منشأه أنّ ذلك تفويض لا إسقاط.

---

(۱) قد تقدم الكلام فى ذلك فلا حاجة إلى الإعادة.

(۲) لو رد المنكر اليمين على المدعى، فأحلفه الحاكم ثبت الحق المدعى به، و لا أثر لبذل المنكر الحلف بعد ذلك بلا خلاف يعرف أو ينقل، و يشهد لذلك مفهوم الشرطية فى صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام-: «فى الرجل يدّعى و لا بينة له؟

قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «۱»، فإنّ مفهومها إذا حلف صاحب الحق مع ردّ اليمين عليه ثبت حقه.

و أمّا إذا بذل المنكر الحلف قبل إحلاف المدعى، فهل يكون رجوعه عن ردّ اليمين و حلفه نافذا؟ ذكر الشيخ- قدّس سرّه-: إنّ رجوعه و بذله غير نافذ إلّا برضا المدعى و كان ردّه اليمين على المدعى إسقاط لحقه.

و لكن الصحيح نفوذ حلفه فإنّه لا يستفاد ممّا ورد فى ردّ اليمين على المدعى إلّا تفويض اليمين فإذا رجع عن تفويضه و بذل الحلف فيتم الموضوع للقضاء فى الواقعة كما هو مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه»، و قد تقدم أنّ الحلف على المدعى عليه ليس حقا لا للمدعى عليه و لا للمدعى، حتى يقبل الاسقاط منهما، غاية الأمر ثبت أنّه يجوز للمدعى عدم المطالبة بالقضاء بترك المطالبة بحلف المدعى عليه، كما يجوز للمدعى عليه ردّ اليمين على المدعى مع مطالبته الحلف، و لو كان ردّ اليمين بمجرّده إسقاطا لا ينفع فى عوده رضا المدعى كما لا يخفى.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۴

و يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاستحقاق لأنّه يأتى على الدعوى (۱) فلو ادّعى عليه غصبا أو إجارة مثلا فأجاب بأنّى لم أ غصب و لم أستأجر قيل يلزمه الحلف على وفق الجواب لأنّه لم يجب به إلّا و هو قادر على الحلف عليه، و الوجه أنّه ان تطوع بذلك صحّ و ان اقتصر على نفى الاستحقاق كفى.

و لو ادّعى المنكر الإبراء أو الإقباض فقد انقلب مدعيا و المدّعى منكرا (۲)

---

(۱) لا يعتبر فى حلف المنكر أن يكون المحلوف عليه نفى خصوص ما ذكره المدّعى فى دعواه، كما لا يعتبر فيه أن يكون المحلوف عليه خصوص ما أجاب به عن دعوى المدعى و إذا قال المدعى أقرضتك الألف فأجاب بأنى ما اقترضت منك ألفا و لا غير ألف و حلف أنّه لا يستحق عليه مالا كفى فى ترتب الحكم عليه من جواز القضاء ببراءة ذمته، حيث إنّ الحلف المزبور يصدق عليه أنّه حلف على نفى دعواه، فإنّ نفى العام نفى للخاص أيضا.

و ربّما يقال بأنّه تعتبر مطابقة المحلوف عليه بما ذكره فى الجواب، و لو ادعى عليه غصبا أو إجارة أو قرضا فأجاب بأنى ما غصبت و لم استأجر أو لم اقترض فاللازم أن يحلف على نفى الغصب و الاستيجار و الاقتراض، لأنّ الجواب بالخاص مقتضاه أنّه متمكن على الحلف عليه، و لكنّه كما ترى، فإنّ مقتضاه جواز الحلف على طبق الجواب لا تعين ذلك، و الموضوع لجواز القضاء اليمين على نفى ما يدعيه المدعى كان اليمين على نفيه بعنوانه الخاص أو بعنوان يدخل فيه.

(۲) لو ذكر منكر الدين أنّ الغير قد أبرأ ذمته أو أنّه قد قبض دينه تنقلب الدعوى فيصير مدعيا، فعليه إثبات الإبراء أو الإقباض، و مدعى الدين منكرا، يتوجه إليه اليمين على بقاء حقه أو على عدم الإبراء أو القبض، و هذا ظاهر.

و لكن فى المقام أمر و هو ما تقدم من أنّه يعتبر فى نفوذ الحلف عن المنكر كونه برضا المدعى و مطالبته، و عليه فلو لم يطالب الذى صار مدعيا بدعوى الإبراء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۵

فيكفى المدعى اليمين على بقاء الحق و لو حلف على نفى ذلك كان آكد لكنه غير لازم.

و القبض اليمين عمّن صار منكرا بإنكار الإبراء و الإقباض بأن أراد إيقاف الدعوى فهل يمكن لمنكر الإبراء و الإقباض استيفاء دينه و

مطالبـة المدعی بالدین، مع أنّ ظاهر الأصـحاب أنّ اسـتحلاف المنکر حق للمدعی و إذا تبرّع بالحلف فلا یصحّ القضاء به، و مقتضـی ذلک أنّ للمدعی إیقاف القضاء بترکه مطالبة المنکر بالحلف.

و فی موثقة عبد اللّه بن أبی یعفور عن أبی عبد اللّه- علیه السلام-: «إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقّه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله ذهبت الیمین بحق المدعی فلا دعوی له» «۱»، و فی روایة خضر النخعی عن أبی عبد اللّه- علیه السلام-: «فی الرجل یکون له علی الرجل المال فیجحده؟ قال: إن اسـتحلفه فلیس له أن یأخذ شـیئا» «۲»، و ظهورها فی اعتبار مطالبـة المدعی الحلف غیر منکر، و فی صحیحة محمد بن مسلم عن أحدهما- علیه السلام-: «فی الرجل یدعی و لا بینة له؟ قال: یستحلفه» «۳». و ظاهرها أیضا اعتبار طلب المدعی صاحبه بالیمین إلی غیر ذلک.

و لکن لا یبعـد أن یقال مقتضـی وجوب القضاء و فصل الخصومـة بین الناس مع ملاحظـة ما دلّ علی أنّ مدرک القضاء البینة علی من ادعی و الیمین علی من ادعی علیه، أنّ علی القاضـی مطالبـة المـدعی بالبینـة، کما أنّ علیه مطالبـة المـدعی علیه بالیمین مع عدم إقامة المـدعی البینـة، و کما أنّ رضا المنکر غیر دخیل فی مطالبـة المـدعی بالبینـة کذلک لا دخل لرضا المدعی فی مطالبة المنکر بالیمین، غایة الأمر یرفع الید عن الإطلاق فی ناحیة طلب الیمین عن المنکر بالروایات

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۹ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۰ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۹.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۶

و کـل مـا یتوجه الجواب عن الـدعوی فیه یتوجه معه الیمین (۱) و یقضـی علی المنکر به مع النکول کـالعتق و النسب و النکـاح و غیر ذلک.

المتقدمـة، و مـدلولها مـا إذا کـان الشـخص مـدعیا للحق له و خصـمه منکرا للحق علیه، أمّا إذا انعکس الأمر بأن کان المـدعی یـدعی سقوط حق الغیر و خصـمه ینکر سـقوط حقه فهذه الصورة خارجة عن مدلولها، بل لو قلنا بأنّ اعتبار رضـی المدعی بیمین المنکر علی القاعـدة لأنّ المـدعی صـاحب الحق فله إیقـاف المطالبـة بحقه و لو بعـدم مطالبـة المنکر لحقه بـالحلف، فیختص ذلک بما إذا کانت الدعوی ثبوت الحق لا سقوط حق الغیر.

و علی ذلک فللقاضـی فی الفرض مطالبـة المنکر للإبراء و القبض بالحلف علی بقاء حقّه و بعده یقضـی و یلزم مدعی الإبراء و القبض بالأداء.

نعم إذا طلب المدعی تأخیر القضاء لإحضار بینته بالإبراء أو القبض فللحاکم الإمهال بنحو لا یوجب الإهمال فی أداء حقوق الناس.

(۱) ذکر- قـدّس سرّه- أنّ کل مورد یتعیّن فیه علی الخصم الجواب عن الـدعوی بالإقرار أو بالإنکار أو حتی بقوله لا أعلم بأن کانت الدعوی علیه مسموعة یتوجه إلیه الحلف، و لو بأن یحلف علی عدم علمه علی ما تقدم.

فلا یتعین الجواب فیما لا تسـمع الدعوی کدعوی موجب الحد علی أحد بلا بینة، کما یأتی فإنّه لا یتوجه فی دعواه الیمین، و إذا توجّه الیمین إلی المنکر فنکـل یحکم بثبوت الـدعوی بمجرّد النکول أو مع رد الیمین علی المـدعی علی خلاف تقـدم، و ذکر أنّه مع اعتبار الردّ ان حلف المـدعی تثبت دعواه و إن نکـل أی امتنع عن الحلف سـقطت دعواه بلا فرق فی ذلک کلّه بین کون الـدعوی بالمال أو بغیره من حقوق الناس، کدعوی العتق و النسب و النکاح و الطلاق و الرجوع فیه و الإیلاء و غیر ذلک. خلافا لبعض العامة، حیث قالوا بعدم توجه الیمین فی غیر الأموال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۷

هذا على القول بالقضاء بالنكول، و على القول الآخر ترد اليمين على المدعى و يقضى له مع اليمين و عليه مع النكول.

و عللوه بأن تحليف الخصم لإقراره أو نكوله ليحكم القاضى بالنكول، فإن نكوله بمنزلة البذل و الإباحة، و لا مورد لهما فى غير الأموال و نحوها. و عن بعض آخر منهم أنّ اليمين لا يتوجه على الخصم، إلّا فيما إذا ثبتت الدعوى بشاهدين ذكرين، فإن غيرها يلحق بدعوى الحدّ.

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من الملازمة بين سماع الدعوى و استحقاق الجواب عنها و بين الحلف عليه و ان كان صحيحا كما هو مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم:

«البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» «۱»، و قوله: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» «۲»، إلّا أنّ دعوى مثل النسب يختصّ سماعها بما إذا ترتب عليها الحق للمدعى كالإرث و وجوب النفقة و نحوهما، و لو لم تتضمّن دعواه مطالبة حق أو سقوط ما عليه من الحق للغير فلا تكون فى البين دعوى على الغير.

و من هذا القبيل دعوى الزوجة الظهار أو الإيلاء على زوجها، فإنّها تسمع دعواها لتضمنها مطالبة ما على زوجها أو سقوط ما له عليها، و كذا لا مورد لتوجه اليمين فى مثل ما إذا ادعى الزوج طلاق زوجته أو الرجوع فى طلاقها، مع فرض عدم انقضاء عدتها حين دعوى الرجوع، فإنّ قبول قوله فيهما لدخوله فى قاعدة «من ملك شيئا ملك الإقرار به.

و أيضا قد تقدم أنّ ردّ اليمين على المدعى من المنكر أو من الحاكم فى موارد دعوى المال أو ما يرجع إليها صحيح، أمّا فى غيرها فمشكل، بل الحكم بالنكول فيها أيضا كذلك.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۰.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۱۸

[مسائل ثمان]

اشارة

مسائل ثمان:

[الأولى: لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث]

الأولى: لا يتوجه اليمين على الوارث ما لم يدع عليه العلم بموت المورث و العلم بالحق و انّه ترك فى يده مالا (۱)، و لو ساعد المدعى على عدم أحد هذه الأمور لم يتوجه، و لو ادّعى عليه العلم بموته أو بالحق كفاه الحلف أنّه لا يعلم نعم لو أثبت الحق و الوفاة و ادّعى فى يده مالا حلف الوارث على القطع.

---

(۱) إذا ادعى على الوارث بدين له على المورث يتوجه اليمين إلى الوارث فيما إذا فرض فى دعواه اجتماع أمور ثلاثة علم الوارث بموت المورث و بالدين له عليه، و وجود التركة بيده كلا أو بعضا، و إذا ساعد المدعى أى صدّق الوارث فى عدم أحد هذه الأمور الثلاثة لم يتوجه إلى الوارث يمين أصلا، كما إنّه إذا كانت التركة بيد الوارث و ادعى علمه بموت المورث أو بالدين له عليه يكفى

الوارث الحلف على عدم علمه، و لو أحرز الموت و الدين و ادعى التركة يلزم على الوارث الحلف على عدم كونها بيده، لأنّ المال بيد الوارث من فعل الوارث، فيعتبر فى الحلف عليه البت بخلاف دعوى الدين على المورث أو دعوى موته.

لا يقال: مقتضى رواية عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه «۱» عدم سماع الدعوى على الميت بلا بينة، و ان تضمنت دعواه الأمور الثلاثة فضلا عن توجّه اليمين على الوارث، حيث ورد فيها و ان ادعى بلا بينة فلا حقّ له لأنّ المدعى عليه ليس بحيّ.

فإنّه يقال: لو تضمنت الدعوى الأمور الثلاثة تكون الدعوى على الوارث أيضا فمن ثمّ تتوجّه اليمين على الوارث، بل يمكن القول كما تقدم بسماع الدعوى فيما إذا أحرز الموت و وجود التركة بيد الوارث و لم يعترف المدعى بجهل الوارث بالدين له على المورث فإنّه تصدق فى الفرض الدعوى على الوارث نعم إذا أجاب

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۳.

[الثانية: إذا ادّعى على المملوک فالغريم مولاه]

الثانية: إذا ادّعى على المملوك فالغريم مولاه (۱) و يستوى فى ذلك دعوى المال و الجناية.

الوارث بلا أدرى فلا مورد لليمين، و لا حق للمدعى بلا بينة. و إذا أجاب بنفى الدين يتوجه إليه اليمين على النفى، كما أنّه لو اعترف يؤخذ باعترافه.

و الحاصل: انّ الدعوى تكون على الميت خاصة، فيما إذا اعترف المدعى بجهل الوارث بالدين، فلا تسمع بلا بينة كما هو ظاهر الرواية.

(۱) و ذلك فإنّ دعوى الجناية على العبد دعوى استرقاقه أو مطالبة المولى بالفداء، فتكون متوجهة إلى المولى، و كذا الحال فى دعوى المال الموجود بيد العبد، فإنّ المال المزبور ملك المولى أو أنّ ولاية التصرّف فيه للمولى دون العبد، فتكون دعواه على مالكه أو الولى به، و لا عبرة فى أمثال ذلك باعتراف العبد أو إنكاره، و لا يتوجه إليه الحلف، بل ثبوتها باعتراف المولى و يتوجه إليه اليمين مع إنكاره أو إنكار العلم بها، نعم مع حلفه على عدم علمه تسقط دعوى العلم لا أصل الدعوى على ما تقدم.

نعم إذا كانت دعوى المال منحصرة بما فى ذمة العبد، كما فى دعوى الإتلاف عليه فلا يكون للمولى شأن فى هذه الدعوى، و لا يكون اعترافه نافذا فى حق العبد و لا- يتوجه إليه حلف، بل العبرة فى ثبوت المال على ذمته حيث يؤخذ منه بعد عتقه أو انعتاقه باعتراف العبد و فى سقوطها بحلفه على نفيها.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لو كانت للدعوى جهتان، كما فى دعوى القتل على العبد عمدا، فينفذ اعتراف المولى بالإضافة إلى الاسترقاق، فيكون لأولياء الدم استرقاقه، و أمّا القصاص فلا لأنّ إزهاق روح العبد ليس من إقرار المولى على نفسه، بل على نفس الغير و المولى لا سلطان له فى غير

[الثالثة: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة]

الثالثة: لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن البينة (۱) و لا يتوجه اليمين على

ملكيته، بل ينفذ اعتراف العبد بالإضافة إلى القصاص و لكن بنحو لا ـ ينافى ملك المولى بأن يقتص منه بعد عتقه، و بذلك يظهر الخلل فى إطلاق كلام الماتن و غيره.

(۱) يأتى أنّه يعتبر فى سماع الدعوى بحيث يلزم الجواب مع عدم البينة للمدعى كون المدعى به حقا للمدعى أو لمن يتعلّق به ولاية أو وكالة أو وصاية أو سقوط حق للغير عليه أو على من يتعلّق به، كما فى دعوى الأموال و غيرها من حقوق الناس، أمّا حدود اللّه سبحانه فلاـ تكون من قبيل الحق لأحد ليطالبها أربابها، بل هى من حقوق اللّه سبحانه، فالمطلع على مرتكب موجباتها مع عدم تمكنه على إثبات الارتكاب لاـ يجب عليه إظهاره و لو عند الحاكم كما لا يجب على المرتكب هذا الإظهار، كما يشهد لذلك صحيحة أبى العباس قال: «قال أبو عبد اللّه- عليه السلام- أتى النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم رجل فقال: إنى زنيت- إلى أن قال: فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم:- لو استتر ثم تاب كان خيرا له» «۱» و نحوها غيرها.

بل لا يبعد القول بعدم جواز الإظهار من غير المتمكن على الإثبات و لو عند القاضى فيما كان المرتكب غير متجاهر بالفسق، أخذا بما دلّ على حرمة الاغتياب، كما إنّه لو أظهر مع حرمته أو مع جوازه فلا يجب على القاضى المطالبة بالجواب، فإنّ الموضوع فى الحدود لا يزيد على سائر الشبهات الموضوعية فى عدم لزوم الفحص عنها مع ورود درء الحدود بالشبهات، و الأمر بالستر على مرتكب السوء، و فى مرسلة الصدوق: «ادرأوا الحدود بالشبهات و لا شفاعة و لا كفالة و لا يمين فى حدّ» «۲».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۶ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۵: ۳۲۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۱: ۳۳۶.

المنكر، نعم لو قذفه بالزنا و لا بينة فادّعاه عليه قال فى المبسوط: جاز أن يحلف

نعم يجوز الإظهار مع التمكن على الإثبات، بل يجب حسبة، و فيما أمره ولى المسلمين به منعا عن المنكر، و يكون الإظهار عند الحاكم من قبيل الشهادة بالارتكاب لا من قبيل الدعوى على الغير، و يظهر ذلك ممّا ورد فى رفع مفطر الصوم و غيره إلى الإمام.

و لاـ فرق أيضا فى جواز الإظهار أو وجوبه أو تحريمه بين موجبات الحد و موجبات التعزير. و يختص ما ذكر بما إذا كان الحد من حقوق اللّه سبحانه فقط، و أمّا إذا كان من حق الناس كحدّ القذف فالمطالبة به بدعوى القذف على الغير و ان يدخل فى الدعوى على الغير، و لكنه لا تسمع الدعوى فيه أيضا بلا بينة و لا يتوجه فيه يمين على منكره، و فى معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين- عليه السلام- فى حديث قال: «لا يستحلف صاحب الحد» «۱»، و مقتضى إطلاقها عدم الفرق بين كون الحد من حقوق اللّه فقط أو من حق الناس أيضا.

و على الجملة: فالمخبر عن الغير بأنّه ارتكب موجب الحد لاـ يكون من المدعى حقيقة فى غير ما كان الحد من حق الناس، كحدّ القذف، و لو اجتمعت فى المخبر شرائط الشهادة يكون من الشهود، و لذا ذكر جماعة أنّه لو شهد الزوج بزنا زوجته مع ثلاثة شهود يثبت زناها، و ان كان ما ذكروه مورد تأمّل، كما يأتى فى بحث الحدود إن شاء اللّه تعالى.

ثمّ إنّ المدعى به قد تجتمع فيه جهتان يكون من حق اللّه سبحانه لكونه موجبا للحد على فرض وقوعه و يكون من حق الناس، فيترتب عليه ضمان المال

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۲: ۳۳۵.

ليثبت الحدّ على القاذف و فيه إشكال إذ لا يمين فى حدّ.

مثلا فيجرى على كل من الجهتين حكمها، كما إذا ادعى على الغير سرقة المال فتسمع دعواه بالإضافة إلى ضمان المال فإن أقام شاهدا واحدا و حلف على سرقته يثبت ضمانه، و مع عدم البينة و الشاهد الواحد يستحق مطالبة المدعى عليه باليمين، و إذا حلف سقطت دعواه، و إن ردّ اليمين على المدعى أو ردّها الحاكم مع نكوله و حلف المدعى ثبتت السرقة، و لكن لا يترتب على ثبوت الدعوى بشاهد و يمين أو باليمين المردودة قطع يده، لعدم الاعتبار فى الحدود باليمين، و لو مع الشاهد الواحد أو كانت مردودة.

ثمّ إنّه قد ذكر الشيخ- قدّس سرّه- فى المبسوط أنّه لو قذف الآخر بلا بينة بزناه بأن قال له: يا زانى، ثم ادعى عند الحاكم بأنّه قد زنى أنّه يجوز للمقذوف أن يحلف على عدم زناه ليثبت على قاذفه حدّ القذف.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه ليس فى الحدود يمين فلا يحتاج فى ثبوت حد القذف عليه إلى حلف المقذوف على عدم زناه، و فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام- «فى ثلاثة شهدوا على رجل بالزنا، فقال على- عليه السلام-: أين الرابع؟ قالوا: الآن يجىء. فقال على- عليه السلام-: حدّوهم فليس فى الحدود نظرة ساعة» «۱»، و فى صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام-: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام- لا يجلد رجل و لا امرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهود على الإيلاج و الإخراج، و قال: لا أكون أوّل الشهود الأربعة أخشى الروعة أن ينكل بعضهم فأجلد» «۲»، و ظاهرهما فى كون الشهادة بالزنا مع عدم تمامها يوجب جريان حد القذف على الشاهد لا يقبل المناقشة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب حد الزنا، الحديث ۸: ۳۷۲.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۱: ۳۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۳

[الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم]

الرابعة: منكر السرقة يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم (۱) و لو نكل لزمه المال دون القطع بناء على القضاء بالنكول و هو الأظهر و إلّا حلف المدّعى و لا يثبت الحد على القولين و كذا لو أقام شاهدا و حلف.

[الخامسة: لو كان له بينة فأعرض عنها و التمس يمين المنكر]

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يک جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۲۲۳

الخامسة: لو كان له بينة فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال:

أسقطت البينة و قنعت باليمين فهل له الرجوع قيل: لا (۲) و فيه تردد و لعل الأقرب الجواز و كذا البحث لو أقام شاهدا فأعرض عنه و قنع بيمين المنكر.

---

(۱) قد ظهر ما فى المسألة ممّا تقدم فلا نعيد.

(۲) لو كان للمدعى بينة فأعرض عنها و التمس اليمين عن المنكر، أو قال: أسقطت البينة و قبلت باليمين، ثمّ رجع و أراد إقامة البينة فهل تسمع تلك البينة أم لا؟ فعن الشيخ- قدّس سرّه- فى المبسوط و المحكى عن ابن إدريس أنّها لا تسمع، لأنّ إقامة البينة كانت من حقه و قد أسقطها كسائر الحقوق فى أنّه لا يرجع فيها بعد إسقاطها. و لكن الصحيح سماعها فيما إذا كان رجوع المدعى قبل تمام اليمين من المنكر.

و الوجه فى ذلك أنّ مع إقامة البينة لا تصل النوبة إلى يمين المنكر، و جواز إقامتها للمدعى حكمى لا حقّى، كما هو مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «البينة على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه» «۱»، فيما إذا لم يقم المدّعى البينة مع ضميمة قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «إنّما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان» «۲»، فإنّ اقامة البينة تعم المفروض فى المقام، و إنّما ترفع اليد ما إذا حلف المنكر على النفى، فإنّه لا تسمع بعد ذلك البينة لتمام ملاك القضاء قبل إقامتها على ما تقدم من أنّه إذا رضى صاحب الحق بيمين صاحبه فحلف فلا حق له.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۰.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۴

[السادسة: لو ادّعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول قبل قوله بلا يمين]

السادسة: لو ادّعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول قبل قوله بلا يمين (۱) و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما كان شاهد واحد بدعواه فإنّ للمدعى إثبات دعواه بشهادة الشاهد بضم يمينه، و إذا طلب الحلف عن خصمه و قبل حلفه رجع و حلف بحقّه، فمع شهادة الواحد يتم ملاك القضاء، كما عليه المشهور.

(۱) لو ادعى صاحب النصاب إبداله أثناء الحول قبل قوله و لا يمين عليه، و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان لينتقص من مقدار الزكاة لكون اعتبار الخرص فى تعيين مقدار الزكاة طريقى، و الظاهر أنّ الحكم فى بابى الزكاة و الخمس متسالم عليه بين الأصحاب قديما و حديثا و لا يكون قول مالك النصاب من دعوى الإبدال أو دعوى الخطاء فى الخرص، بل كلّما ذكر صاحب المال عدم تعلق الزكاة أو الخمس بماله أو عيّن مقداره أو ذكر سقوطه بأدائه يقبل قوله.

و فى صحيحة بريد بن معاوية قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول:

بعث أمير المؤمنين- عليه السلام- مصدّقا من الكوفة إلى باديتها- إلى أن قال:- قال: ثم قل لهم: يا عباد اللّه أرسلنى إليكم ولى اللّه لآخذ منكم حق اللّه فى أموالكم فهل للّه فى أموالكم من حق فتؤدّوه إلى وليه؟ فإن قال لك قائل: لا، فلا تراجعه» «۱». و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه- عليهما السلام- قال: «كان علىّ- صلوات اللّه عليه- إذا بعث مصدقه قال له: إذا أتيت على ربّ المال فقل تصدّق رحمك اللّه ممّا أعطاك اللّه فإن ولّى عنك فلا تراجعه» «۲»، و لعلّ ظاهرها الاعراض عن المصّدق بالاعتذار بعدم الزكاة فى ماله.

---

(۱) الوسائل: ج ۶، الباب ۱۴ من أبواب زكاة الأنعام، الحديث ۱: ۸۸.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۵: ۹۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۵

....

و ذكر بعض الأصحاب: أنّ المراد بسماع قول صاحب المال بلا يمين فى نفى الزكاة و الخمس عن ماله صورة عدم العلم بكذبه، أمّا إذا علم كذبه سواء أ كان العالم الفقير أم عامل الزكاة أو الحاكم فلا موجب لرفع اليد عمّا دلّ على الحلف على المنكر، حيث يمكن للفقير أو العامل بل الحاكم دعوى الزكاة فى ماله، و إذا كان المدعى فقيرا يكون هو صاحب الحق لأنّه شريك مع المالك من حيث إنّه فرد من الطبيعى، غاية الأمر أنّ المالك ليس ملزما بالدفع إليه، بل يجوز له الدفع إلى فرد آخر و كذا العامل أو الحاكم فإنّه مطالبة الوكيل و الولى.

أقول: أمّا الفقير فلا- موجب لعدّ قوله من الدعوى على الغير، بل يكون من باب الاخبار و الشهادة، و لو انضم إليه قول غيره، و كانا عدلين، لكان من البينة بكون المال متعلق الزكاة، و ذلك فإنّ الفقير ليس مالكا للزكاة، حيث إنّ الزكاة ملك الجامع بين الأصناف الثمانية، كما أنّه ليس له ولاية على الزكاة و إنّما يدخل فى أحد العناوين المقرّرة مصرفا للزكاة، نظير الفقير فى إعطاء الكفارة، و لا يظن لأحد التزامه بأنّ قول الفقير بأنّ على فلان كفارة يكون من الدعوى المسموعة على الغير.

نعم إذا أحرز الحاكم بالزكاة فيما بيده أو على عهدته أو شهد العدلان عنده بذلك و أنكره ربّ المال فهل على ربّ المال الحلف على عدم الزكاة أو أدائها؟ فقد يستظهر من بعض الروايات قبول قوله، و لو مع العلم بكذبه، و كانّ لقول صاحب المال موضوعية، و فى موثقة سماعة قال: «سألته عن الرجل يكون معه المال مضاربة هل عليه فى ذلك المال زكاة إذا كان يتّجر به؟ فقال: ينبغى له أن يقول لصاحب المال زكّوه فإن قالوا إنا نزكّيه فليس عليه غير ذلك و إن هم أمروه بأن يزكّيه فليفعل، قلت: أ رأيت لو قالوا انا نزكيه و الرجل يعلم أنّهم لا يزكونه، فقال:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۶

....

إذا هم أقروا بأنّهم يزكونه فليس عليه غير ذلك و ان هم قالوا: إنا لا نزكيه فلا ينبغى له أن يقبل ذلك المال و لا يعمل به حتى يزكوه» «۱».

و لكن لا يخفى ظاهرها زكاة التجارة و لعدم كونها من الزكاة الواجبة عندنا عبّر- عليه السلام- بينبغى و لا ينبغى و انّه يسمع قولهم مع العلم بكذبهم، و طلب الحلف من ربّ المال على إخراجه الزكاة أو عدم تعلّقها لا- موجب له مع الجهل بالحال، و مع العلم بها و إنكاره فإنّ مع الجهل فالسماع بلا يمين مقتضى صحيحة بريد و موثقة غياث المتقدمتين، و مع العلم بكذبه فلأنّ الحاكم له الولاية على الزكاة و أخذها من شؤونه، فإن علم بوجودها فى المال أو على عهدة الغير فله إجباره على إخراجها، و إلّا فله التصدى بذلك، و ما دلّ على أنّ اليمين على من ادعى عليه أو على المدعى مع ردّها عليه ظاهره الواقعة المرفوعة إلى الحاكم، و لا يعم الواقعة التى يكون التصدى بها للحاكم بما هو حاكم.

قال فى المستند: لو علم تعلّق الزكاة بماله و عدم إخراجها كان لمن شأنه ذلك أن يكلّفه بالأداء أو يأخذ منه، و هل تقوم شهادة العدلين مقام العلم أم لا؟ صرّح فى الشرائع بالأوّل و مقتضى الأصل هو الثانى.

ثمّ إنّه قد ثبت الولاية بالإضافة إلى الزكاة و صرفها على مصارفها للنبى الأكرم و الأئمة- صلوات اللّه عليهم أجمعين- كما يفصح عن ذلك قوله سبحانه:

خُذْ مِنْ أَمْوٰالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهٰا وَ صَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلٰاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ «۲»، فإنّ الأمر بالأخذ يعم صورة امتناعهم و الأخذ منهم قهرا عليهم و لا

(۱) الوسائل: ج ۶، الباب ۱۵ من أبواب ما تجب فيه الزكاة، الحديث ۱: ۵۰.

(۲) التوبة: ۱۰۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۷

....

ينافيه ما فى الذيل من الصلاة عليهم، لأنّها طلب الرحمة و عدم إمساك النعمة عليهم فيناسب العاصى من الأمة أيضا.

و يظهر من الروايات الكثيرة الواردة فى موارد مختلفة أنّ لرب المال أيضا الولاية على صرف زكاته على مصارفها منها ما ورد فى جواز إعطائه زكاتها أقاربه من الذين لا يجب عليه نفقتهم، و منها ما ورد فى جواز قضاء دين الأب عن الزكاة، و منها ما ورد فى إعطاء الفقير حتى يغنيه، و ما ورد فى سماع قول رب المال إلى غير ذلك و النتيجة ثبوت الولاية على الصرف لكل من رب المال و الإمام- عليه السلام.

و لو قيل بالنيابة للفقيه أو للأعلم فى زمان الغيبة فيجوز للفقيه أو الأعلم ما كان جائزا للنبى و الإمام- عليه السلام- من أخذ الزكاة من رب المال مع امتناعه و لو قهرا عليه، كما أنّه لو أمر بنقل الزكاة إليه كان أمره كأمر الإمام- عليه السلام- فى وجوب الاتباع.

و أمّا لو بنى على عدم النيابة، و انّ الثابت فى حق الفقيه ما يدخل فى الأمور الحسبية التى ذكرنا فى بحث ولاية الفقيه من أهمّها تنظيم أمر البلاد و تأمين بلاد المسلمين و الدفاع عن الحوزة الإسلامية و ذكرنا أنّ مع وضع فقيه يده على الأمر الحسبى فلا يجوز للآخرين مزاحمته فلا يثبت الولاية للفقيه بالإضافة إلى الزكاة، لأنّ مع ثبوت الولاية لرب المال لا يدخل أمر الزكاة فى الأمور الحسبية إلّا إذا امتنع ربّ المال عن إخراجها و كان لصرفها على مواردها ضرورة كما أنّه لو توقف حفظ نظام البلاد و الحوزة الإسلامية على أخذ الزكاة و صرفها على مواردها دخل أخذها و صرفها فى ولاية الفقيه المتصدى لحفظها و ترتيب أمنها، و مع امتناع ربّ المال من أدائها يكون على الفقيه أو المأذون من قبله التصدى لأخذ الزكاة و لو بالجبر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۲۸

....

ذكر فى العروة: الأفضل بل الأحوط نقل الزكاة إلى الفقيه الجامع للشرائط فى زمن الغيبة لا سيّما إذا طلبها لأنّه أعرف بمواقعها، و لكن الأقوى عدم وجوبه فيجوز للمالك مباشرة أو بالاستنابة و التوكيل تفريقها على الفقراء و صرفها فى مصارفها، نعم لو طلبها الفقيه على وجه الإيجاب بأن يكون هناك ما يقتضى وجوب صرفها فى مصرفها بحسب الخصوصيات الموجبة لذلك و كان مقلدا له يجب الدفع إليه، حيث إنّه تكليفه الشرعى لا لمجرد طلبه، و إن كان أحوط، كما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلبها الإمام- عليه السلام- فى زمان الحضور، فإنّه يجب الدفع إليه بمجرّد طلبه من حيث وجوب طاعته.

أقول: التقييد بكونه مقلدا له لكون إيجابه مع عدم التقليد عنه لا يكون من التكليف الشرعى المعتبر فى حق غير مقلّده، و بتعبير آخر لو كان فتوى الفقيه المزبور ان طلب الفقيه الزكاة و لو مع الموجب المزبور كطلب الإمام- عليه السلام- فى وجوب الإجابة فلا يجب الاتباع على غير مقلّده.

و أمّا بالإضافة إلى الخمس فمقتضى الآية المباركة بضميمة ما ورد فى تفسيرها على أنّ لرب المال أن يعطى نصفه الفقراء و المساكين و أبناء السبيل من الهاشميين و نقل النصف الآخر إلى الإمام- عليه السلام-، إلّا أنّ مقتضى الروايات الواردة فى أنّ لنا الخمس و الأمر بنقله أو دفعه إلى وكلائهم عدم ثبوت الولاية لرب المال فى زمان الحضور، و يكون الأمر كذلك فى زمان الغيبة أيضا لو قيل بنيابة

الفقيه.

و أمّا إذا قيل بعدم ثبوت نيابته فيجوز لرب المال دفع سهم السادة الأيتام و المساكين و أبناء السبيل من الهاشميين أخذا بمقتضى الآيهٔ و ما هو بمفادها، فإنّ المقدار الثابت فى رفع اليد عن مقتضاها زمان الحضور، و أمّا بالإضافهٔ إلى السهم المبارك فالتصرّف فيه من التصرّف فى ملك الغير، و يكون منوطا بإحراز الرضا

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۲۲۹

و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول (١) أمّا لو ادعى الحربى الإنبات

و الاذن، و لا يحصل هذا الإحراز إلّا بالرجوع إلى من يقلّده، و العمل على طبق ما يعيّنه.

و يجرى فى فرض امتناع ربّ المال عن إخراج الخمس ما ذكرنا فى فرض الامتناع عن إخراج الزكاهٔ، و اللّه سبحانه هو العالم.

(١) هذا الفرع مبنى على أنّ الإسلام بعد الحول لا يوجب سقوط الجزيهٔ أمّا بناء على سقوطها بإسلام الذمى سواء أ كان قبل الحول أم بعده قبل إعطاء الجزيهٔ، كما عليه المشهور و الأظهر عند الماتن- قدّس سرّه- على ما ذكره فى كتاب الجهاد فلا يدخل الفرض فى سماع القول.

و يشهد لذلك مع الإغماض عن النبوى الدال على أنّ الإسلام يجبّ ما قبله «١»، و الدال على أنّه ليس على المسلم جزيهٔ ظاهر الآيهٔ المباركهٔ فى أخذ الجزيهٔ حال كون المأخوذ منه صاغرا و الأخذ حال الذل لا يناسب شرف المسلم، و صحيحهٔ زرارهٔ قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: ما حدّ الجزيهٔ على أهل الكتاب و هل عليهم فى ذلك شىء موظّف لا ينبغى أن يجوز إلى غيره؟- إلى أن قال- عليه السلام-: فالجزيهٔ تؤخذ منهم على قدر ما يطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا فإنّ اللّه عزّ و جلّ قال حَتّٰى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَ هُمْ صٰاغِرُونَ «٢»، كيف يكون صاغرا و هو يكترث لما يؤخذ منه حتى يجد ذلّا لما أخذ منه فيألم لذلك فيسلم» «٣» فإنّ ظاهرها أيضا أنّ بالإسلام ينتهى أخذ الجزيهٔ بلا فرق بين حيلان الحول عليه كافرا أم لا، و ما هو المنسوب إلى الحلبى و بعض آخر من عدم كون الإسلام بعد الحول مسقطا للجزيهٔ لا يمكن المساعدهٔ عليه.

---

(١) المستدرك: الباب ۶۱ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۳۴.

(٢) التوبهٔ: ۲۹.

(٣) الوسائل: ج ۱۱، الباب ۶۸ من أبواب جهاد العدو، الحديث ۱: ۱۱۳.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۲۳۰

بعلاج لا بالسن ليتخلّص عن القتل فيه تردد (١) و لعلّ الأقرب أنّه لا يقبل إلّا مع البينهٔ.

و لكن بناء عليه فدعوى الذمى إسلامه قبل الحول لسماع قوله بلا موجب لعدم كون المقام من صغريات قاعدهٔ من ملك شيئا، فرفع اليد عن الاستصحاب فى ناحيهٔ كفره إلى آخر السنهٔ بلا وجه، و لو لم نقل باشتغال العهدهٔ بالجزيهٔ من أوّل الحول، كما لا يخفى.

و دعوى أنّ الإسلام من الحق بين العبد و ربّه و لا يعلم إلّا من قبل العبد يدفعها بأنّ الإسلام عبارهٔ عن إظهار الشهادتين و يمكن فيه الإشهاد.

(١) إذا أسر الكافر الحربى أثناء القتال و ادعى صغره و انّ الإنبات بعانته كان بالعلاج فسماع قوله مبنى على القول بأنّ الموجب للبلوغ هو الإنبات الطبيعى الحاصل بالطعن فى السن لا مطلق الإنبات، و لو كان بالعلاج، إذا لو كان الموضوع للبلوغ مطلق الإنبات فلا مورد للسماع لإحراز بلوغه و لزوم قتله.

و فی صحیحة الکناسی قال: «قلت لأبی جعفر- علیه السلام-: متی یجوز للأب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟- إلی أن قال:- قلت: فالغلام یجری فی ذلک مجری الجاریة؟ فقال: یا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم یدرک کان بالخیار إذا أدرک و بلغ خمسة عشرة سنة أو یشعر فی وجهه أو ینبت فی عانته قبل ذلک» «۱».

و لا یبعد ظهورها فی الإنبات الطبیعی، کما لا یبعد ذلک حتی فی البلوغ بالاحتلام، و لا یضر بالاستدلال اشتمالها علی حکم لا یعمل به، و هو ثبوت الخیار للصغیر بعد بلوغها فیما إذا زوّجه أبوه فی صغره إن لم یمکن تقییده بما إذا زوّجه بالصغیرة.

و المتحصل إذا فرض انصراف الإنبات إلی الطبیعی فسماع دعوی الحربی

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴، الباب ۶ من أولیاء العقد، الحدیث ۹: ۲۰۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۱

....

صغره و انّ الإنبات کان بالعلاج فیما إذا احتمل صدقه لاستصحاب صغره و عدم تحقق الإنبات الطبیعی و مقتضاه دخوله فیمن لا یقتل، حتی حال قیام الحرب، کما هو ظاهر النص و الفتوی، و فی صحیحة أبی حمزة الثمالی أو محمّد بن حمران و جمیل معا عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- قال: «کان رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم إذا أراد أن یبعث سریة- إلی أن قال:- و لا تغلوا و لا تمثلوا و لا تغدروا و لا تقتلوا شیخا فانیا و لا صبیا و لا امرأة و لا تقطعوا شجرا إلّا أن تضطروا إلیها» «۱»، و نحوها غیرها.

و علی ذلک فلا موضوعیة لدعوی الحربی، بل کل من احتمل صغره لا یجوز قتله فدعواه الإنبات بالعلاج موجبة لانقداح احتمال صغره.

و ربّما یقال بسماع دعوی البلوغ بالاحتلام فإنّ الاحتلام ممّا لا یعلم إلّا من قبل الشخص فیقبل قوله فیه، و یورد علیه بأنّ سماع قوله دوری لأنّ سماع القول موقوف علی إحراز البلوغ فإنّ الصبی لا یعتبر قوله و لو توقف البلوغ یعنی إحرازه علی سماع قوله لدار.

و لکن لا یخفی أنّ البلوغ حتی بالاحتلام یمکن إحرازه بغیر قوله، و معه لا موجب لرفع الید عن الاستصحاب فی صغره فیحکم علیه بعدم جواز قتله أو سائر ما یترتب علی الصغر من عدم صحّة عقده و إیقاعه إلی غیر ذلک.

ثمّ إنّه قد حکی فی الجواهر عن غایة المراد و المسالک موارد تلحق بسماع الدعوی فیها، کما إذا ادعی بنوة صغیر و لا منازع له، و یمکن استظهار القبول فیه من صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج قال: «سألت أبا عبد اللّه- علیه السلام- عن الحمیل فقال: و أی شیء الحمیل؟ قلت: المرأة تسبی من أهلها و معها الولد

---

(۱) الوسائل: ج ۱۱، الباب ۱۵ من أبواب جهاد العدو، الحدیث ۲: ۴۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۲

....

الصغیر فتقول: هو ابنی، و الرجل یسبی فیلقی أخاه فیقول: هو أخی و لیس لهم بینة إلّا قولهم؟ قال فقال: ما یقول الناس فیهم عندکم؟ قلت: لا یورّثونهم لأنّه لم یکن علی ولادتهم بینة و إنّما هی ولادة الشرک، فقال: سبحان اللّه إذا جاءت بابنها أو بابنتها و لم تزل مقرة به- الحدیث» «۱».

و منها: مدعی أنّه من أهل الکتاب لتؤخذ منه الجزیة، و ربّما یستدل علی ذلک ما عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فی بعض

الروايات المعتبرة من أمره السرايا بقبول الجزية من باذليها «۲»، مع أنّه لا- يعلم فى الغالب أنّ الباذلين من أهل الكتاب إلّا بإقرارهم، و ربّما يذكر أيضا أنّ الدين أمر قلبى لا يعرف إلّا من قبل صاحبه و لكن قد تقدم ما فيه و يؤيد السماع ما ورد فى بعض الروايات من سؤال على- عليه السلام- ما أخذوا على الإفطار فى شهر رمضان عن دينهم.

و منها: مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمة حذرا من القتل، و لعلّه لدرء الحد بالشبهة و جريان الحد جلدا لاعترافه باستحقاقه.

و منها: مدعى فعل الصلاة و الصيام خوفا من التعزير، و لعلّه لأنّ التعزير كالحدّ يرتفع بالشبهة.

و منها: مدعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطة بالنية كالحج و الصلاة، و فيه أنّ المدعى فيما إذا كان ثقة فوقوع العمل منه يحرز بقوله، و أمّا صحته فيكفى فى إحرازها أصالة الصحة، أمّا إذا لم يكن ثقة فمجرّد كون النية أمرا قلبيا لا يكفى فى إحراز الوقوع و إحراز براءة ذمة الميت.

و منها: دعوى الولى إخراج ما كلّف به من نفقة و غيرها و الوكيل بفعل ما

---

(۱) الكافى ۷: ۱۶۵.

(۲) سنن البيهقى ۹: ۱۸۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۳

....

وكّل فيه، و لا يبعد سماع قولهما مع عدم الإنكار عليهما من المولى عليه و الموكّل، و إلّا فيحتاج إلى الإثبات.

و منها: دعوى مالك الدار لو نازعه المستعير و المستأجر فى ملكية الكنز على قول مشهور، و هذه أيضا لا توجب سماع دعواها بلا يمين. غاية الأمر بما أنّ يد المالك أقوى من يد المستعير، و المستأجر بحسب المالك منكرا فى الواقعة لموافقة قوله مع مقتضى قاعدة اليد.

و منها: دعوى أنّ إحراز الطعام للقوت، و الوجه فى سماعها أنّ الموضوع للإكراه على البيع حبس الطعام زمان ضرورة الناس تربصا للغلاء، و مقتضى الأصل عدم حصول الموضوع لجواز الإكراه عليه.

و منها: قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، و لكن قد تقدم أنّ نكول المنكر ليس من ملاك القضاء، بل يرد اليمين معه على المدعى، فإن حلف فهو، و إلّا سقطت دعواه.

و منها: مدعى الغلط فى إعطاء الزائد عن الحق لا التبرع و السماع لأنّه مقتضى الاستصحاب فى عدم تمليك الزائد و لا يعارضه الاستصحاب فى عدم الخطاء فإنّه لا يثبت التعمد بالتبرع.

و منها: دعوى المحلّلة الإصابة ليلزم على مالكها الاستبراء، و هذا يدخل فى دعوى المرأة أنّها فى العدة.

و منها: دعوى المرأة أنّها فى الحيض أو الطهر أو فى العدة أو أنّها خلية و فى صحيحة زرارة عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «العدة و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت» «۱»، و نحوها غيرها، و ربّما يظهر من معتبرة السكونى أنّ ذلك ما لم تكن

---

(۱) الوسائل: ج ۱۵، الباب ۲۴ من أبواب العدد، الحديث ۱: ۴۴۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۴

....

متّهمة «۱»، و يلحق بما ذكر دعوى المرأة عدم الزوج كما فى صحيحة ميسر.

و منها: دعوى الضئر أنّه الولد، و فى صحيحة سليمان بن خالد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «فى رجل استأجر ضئرا فغابت بولده سنين ثم إنّها جائت به فأنكرته أمّه و زعم أهلها أنّهم لا يعرفونه؟ قال: ليس عليها شىء الضئر مأمونة» «۲»، و يلحق بذلك دعوى ملك المال بلا منازع فى غير اللقطة لخبر الكيس.

و منها: ما إذا ادّعى انّ ما بيد زيد ماله قد سرقه منه و قال زيد أنّه كان ماله، و لكنه وهبه له لا أنّه سرقه. فإنّه قد تقدم عدم قطع يد مدعى الهبة لعدم ثبوت السرقة لا لسماع قوله نعم يجوز لمدعى السرقة أخذ المال المزبور و لو كان من بيده المال من ذوى الأرحام لعدم ثبوت الهبة أيضا، و ممّا ذكر يظهر الحال فى منكر موجب الرجم أو مدعى الإكراه فيه أو الجهالة مع احتمالهما فى حقّه و كذا فى مدعى الضرورة فى الكون مع الأجنبى مجردين و منكر القذف مع عدم البينة لمدعى القذف.

و منها: مدعى ردّ الوديعة فى المشهور، و لكن قد ذكرنا فى بحث الوديعة انّه يسمع قول الودعى فى صورة التلف فى عدم الخيانة، كما فى سائر حالات كون مال الغير بيد الشخص بنحو الأمانة، أمّا رد الواجب عليه فعليه إثباته كغيره.

و منها: مدعى تقدم العيب مع شهادة الحال، و وجهه أنّ مع شهادة الحال بنحو ظهوره يقدم قول المشترى لإحراز صدقه.

و قد تقدم من جميع ما ذكرنا أنّه لا يستفاد من الموارد الكلية لا قاعدة قبول الشخص فى نفى موجب الحد و التعزير أو قبول ما كان قوله اخبارا بينه و بين ربّه أو لا يعلم إلّا من قبله و لم يكن فيه ضرر على الغير.

---

(۱) الوسائل: ج ۱، الباب ۴۷ من أبواب الحيض.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۵، الباب ۸۰ من أبواب أحكام الأولاد، الحديث ۱: ۱۸۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۵

[السابعة: لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين]

السابعة: لو مات و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين (۱) قيل يحبس حتى يحلف أو يقرّ لتعذر اليمين فى طرف المشهود، له و كذا لو ادعى الوصى أنّ الميت

---

(۱) إذا مات شخص لا وارث له بأن يكون تركته على تقديرها للإمام أو المسلمين و شهد واحد بالدين له على حى و أنكر الدين ذلك الحيّ قال الشيخ فى محكى المبسوط أنّه يحبس المنكر حتى يحلف على برائته أو يقرّ بالدين، و ذلك لعدم إمكان ان يردّ الحاكم مع نكوله اليمين إلى المشهود له، فإنّ المشهود له ميّت و لا يمكن أيضا ردّها على الإمام- عليه السلام- أو على المسلمين.

و يجرى مثل ذلك يعنى حبس المنكر إلى أن يحلف على النفى أو يعترف فيما إذا ادعى وصى الميّت على ورثته أنّه أوصى بكذا للفقراء و أنكر الورثة الوصية فإنّ الورثة يحبسون إلى أن يحلفوا على نفى الوصية أو يعترفوا بها، و ذلك فإنّ ردّ الحاكم مع نكول الورثة على الوصى غير ممكن لعدم جواز أن يحلف الوصى عن الميت.

و قد أورد الماتن- قدّس سرّه- على ما ذكره فى المبسوط بأنّ السجن عقوبة لم يثبت موجبها، و ذكر فى الجواهر فى ذيل ذلك أنّه قد ثبت موجب العقوبة، فإنّ الدعوى المسموعة تقتضى من المنكر اليمين أو أداء الدين، و بما أنّه لم يأت بما هو مقتضاه فيستحق الحبس.

أقول: ما ذكر فى الفرعين مبنى على ردّ اليمين مع نكول المنكر عن بذله على المدّعى و إلّا فاللازم الحكم بثبوت الدين للميت على الحى و الحكم بثبوت الوصية للفقراء بمجرّد نكول الحى أو الورثة عن اليمين.

و قد ذكر بعضهم أنّه و إن لا- يحكم بثبوت الدعوى بمجرّد نكول المنكر فى سائر الموارد، لكن مجرّد نكوله عن اليمين فى مثل

الفرعین ممّا لا یمکن ردّها علی المدعی کاف فی الحکم بثبوتها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۶

أوصی للفقراء و شهد واحد و أنکر الوارث و فی الموضعین إشکال لأنّ السجن عقوبة لم یثبت موجبها.

کما أنّه ذکر بعض آخر أنّه لیس فی مثل الفرعین توجه الیمین علی المنکر، فإنّه إنّما یتوجه الیمین علیه فیما إذا أمکن له ردّها علی المدعی، و فی مثل هذین الموردین یوقف الدعوی إلی أن یوجد بینة بها.

و لکن ضعف کل من القولین ظاهر، لأنّ ما ورد فی أنّه یرد الیمین علی المدعی ظاهره عدم جواز القضاء بمجرّد نکول المنکر عن الیمین، کما أنّه قد تقدم عدم اختصاص توجّه الیمین علی المنکر بموارد جواز ردّه علی المدعی و موارد عدم جوازه مع موارد جوازه سیّان.

و الصحیح فی المقام أنّ ردّ الحاکم علی الوصی الیمین مع نکول الورثة المنکرین متعین و إذا حلف بها ثبتت الوصیة، و دعوی أنّ المدعی إنّما یحلف علی فعل نفسه لا- یمکن المساعدة علیها، لما تقدم من جواز الحلف علی البت و القطع مع العلم، سواء أ کان المحلوف علیه فعله أم فعل غیره، کما هو الحال فی حلف الولی و الوکیل، بل لا حاجة مع فرض شهادة عدل آخر إلی مسألة رد الیمین، فإنّ شهادة الواحد مع یمین المدعی تثبت دعوی المال.

و أمّا مسألة دعوی الدین لمیت لا وارث له فهی راجعة إلی نفس الحاکم فإن تصدی لأمر ترکته من شؤونه فإن أحرز بوجه معتبر أنّ الحی مدیون للمیت المزبور أخذ المال منه بلا حاجة إلی القضاء و إن لم یحرز ذلک، کما هو فرض شهادة واحد أو وجدانه مکتوبا فی مذکراته، فیما إذا احتمل أنّ ضبطه کان بلا موجب فمقتضی أصالة براءة ذمة الحی الجاریة عند الحاکم المتصدی لأمر مال الإمام- علیه السلام- عدم أخذ الحی المزبور بشیء، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۷

[الثامنة: لو مات و علیه دین یحیط بالترکة لم ینتقل إلی الوارث]

الثامنة: لو مات و علیه دین یحیط بالترکة لم ینتقل إلی الوارث و کانت بحکم مال المیت و إن لم یحط انتقل إلیه ما فضل عن الدین، و فی الحالین للوارث المحاکمة علی من یدعیه لمورثه (۱) لأنّه قائم مقامه.

---

(۱) لو کان للمیت دین یحیط بترکته لم تنتقل الترکة إلی الوارث، بل تبقی علی ملک المیت و عدم انتقالها إلی الورثة لأنّ الإرث بعد الدین، و أمّا عدم انتقالها إلی الدائن فإنّ الدائن یملک علی ذمة المیت فتبقی الترکة علی ملک المیت لیوفی بها دینه.

و یترتب علی ذلک أنّه لو حصل للترکة نماء بعد ذلک و قبل صرفها علی دینه یکون ذلک النماء أیضا ملکا للمیت، فتصرف علی دینه، فیما کان دینه أکثر من ترکته، بخلاف ما إذا قیل بانتقال الترکة إلی الوارث، و لو مع الدین المستوعب، فإنّه یکون النماء المتجدد ملک الورثة، و لا یصرف علی دینه، و کذا الحال فیما زادت الترکة عن دین المیت فإنّه لا ینتقل مقدار الدین إلی الوارث، و هذا هو القول الأظهر فی المسألة، و القول الآخر أنّ الترکة تنتقل إلی الورثة بزعم أنّ المال لا یبقی بلا مالک و المیت لا یملک.

و علی الأوّل من القولین ففی الحالین أی ما إذا کان الدین مستوعبا للترکة أو کانت الترکة أزید لو لم یکن للمیت ترکة إلّا علی ذمة زید و کان علی المیت دین لعمرو فأنکر زید الدین علیه للمیت فهل طرف المخاصمة مع زید هو الوارث أو عمرو؟

ذکر الماتن- قدّس سرّه- أنّ طرف المخاصمة مع زید هو الوارث لا- عمرو لأنّ الوارث یقوم مقام المیّت فلو کان للدین علی زید شاهد واحد یحلف الوارث مع ذلک الشاهد، و یثبت الدین علی زید لثبوت الدعوی المالی بشاهد واحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۸

....

و يمين المدعى، و أمّا عمرو فليس طرف المخاصمة، لأنّه ما على ذمة زيد ليس بملكه و ان تعلّق به حقّه، فإنّ المفروض بقاء التركة فى المفروض بتمامها أو بمقدار الدين على ملك الميت.

نعم ذكر فى القواعد أنّه لو امتنع الوارث عن المرافعة يجوز للدائن يعنى عمرو فى الفرض المحاكمة مع زيد، و لكن لا- يجوز له الحلف مع الشاهد الواحد أو باليمين المردودة، بل يجوز له إحلاف زيد على عدم اشتغال ذمته للميت. فلو حلف زيد على عدم الدين للميت تسقط دعوى زيد لا دعوى الوارث، فيمكن للوارث بعد ذلك إثبات الدين على زيد بشهادة واحد و يمينه أو باليمين المردودة.

و إذا أخذ الوارث الدين لمورثه من زيد كان لعمرو مطالبة الوارث بالدين على مورثه لبقاء المال على ملك المورث و لزوم صرفه فى أداء دينه، و هل يجوز لعمرو مطالبة زيد بالمال قبل أخذ الوارث؟ فيه اشكال.

و ذكر فى الجواهر فى وجه الاشكال توهم سقوط الدين عن زيد بإحلاف عمرو قبل ذلك، و أجاب عنه بأنّ الساقط بالإحلاف حق الدعوى على زيد لا المطالبة بالمال الثابت على عهدة زيد بإثبات الوارث، و لذا لا فرق فى جواز مطالبته بين أخذ الوارث و عدمه.

و لكن ناقش- قدّس سرّه- فى جواز مطالبة عمرو زيدا أو الوارث بأنّ اليمين على الإبراء من زيد قد فوتت التركة بالإضافة إلى عمرو و أنّ الميت ليس له تركة بالإضافة إليه ليطالبها وفاء للدين، و إن كان له تركة بالإضافة إلى الوارث، و ناقش أيضا فى حلف الوارث مع الشاهد الواحد أو باليمين المردودة بأنّ يمينه عن الغير، حيث إنّ المال لم ينتقل فى الفرض إلى ملكه و انتقاله إليه بإبراء الدائنين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۳۹

....

الميت لا- يوجب كون حلفه بالفعل عن نفسه، و لو كان الانتقال التقديرى موجبا لكون حلفه عن نفسه لجاز حلف عمرو أيضا، لكون ما على ذمة زيد ملكه على تقدير وفاء دين الميت به- انتهى.

أقول: إذا كان على الميت دين يحيط بتركته و كانت تركته منحصرة بماله على عهدة الآخر فليس للدائن مطالبة الورثة بالوفاء، لأنّ ما على عهدة الآخر ملك للميت يتعين الدين على الميت فيه، و ليس للوارث شأن فيه، و لذا ليس للوارث مخاصمة المديون للميت فى الفرض، و انتقاله إلى الوارث على تقدير إبراء الميت عمّا على عهدته لا يصحح طرح الدعوى قبل الإبراء.

نعم إذا كان الوارث وصيا للميت فى استيفاء ماله و أداء ما عليه يجوز له مخاصمة المدين للميت، و هذا خارج عن الفرض، كما أنّه يخرج عنه ما إذا أخذ الوارث الوكالة عن الدائن فى طرح الدعوى على المدين للميت، و على الجملة فللدائن مطالبة المدين للميت و مخاصمته، و كذا الحال فيما كان ما للميت على ذمة الآخر أكثر من الدين، و لكن ذكر الوارث بأنّه لا يدرى أنّ لمورثه مال بذمة الآخر.

نعم إذا اعترف الوارث بأنّ للمورث على عهدة الآخر أكثر من الدين عليه، أو كان بيد الوارث تركة أخرى فطرف المخاصمة مع المدين للميت هو الوارث، حيث إنّ الدائن لا يستحق عن التركة إلّا الدين له بنحو الكلى فى المعين فللوارث أداء ذلك الكلى و تعيينه فى كل من أبعاض التركة.

نعم إذا امتنع الوارث عن المخاصمة مع مدين الميت فيجوز للدائن مطالبته بوفاء ما عليه من الدين للميت، لأنّ امتناع الورثة عن المحاكمة إسقاط لحقه فى تعيين الدين على الميت فى أبعاض تركته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۰

[البحث الثالث: فى اليمين مع الشاهد]

اشارة

البحث الثالث: فى اليمين مع الشاهد.

يقضى بالشاهد و اليمين فى الجملة (۱) استنادا إلى قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و قضاء على- عليه السلام- بعده.

---

(۱) لا خلاف عندنا فى ثبوت الدعوى بشهادة عدل واحد و يمين المدعى فى الجملة، و على ذلك اتفاق الأصحاب قديما و حديثا، و بذلك نطقت الروايات و انّه قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بهما و على- عليه السلام-، و المشهور على أنّ الثابت بهما دعوى المال عينا أو دينا، و كذا كل دعوى يكون المقصود بها المال، كدعوى البيع و الإجارة و الهبة إلى غير ذلك، و لكن عن جماعة كالشيخ فى النهاية و الاستبصار و ابنى زهرة و البراج اختصاص الثبوت بدعوى الدين، و عن السبزوارى ثبوت حقوق الناس بهما مطلقا، و لو لم تكن من دعوى المال أو المقصود منها المال كالطلاق و العتاق و النسب و الوصية إليه إلى غير ذلك، حيث مال إلى ذلك فى آخر كلامه و استثنى المورد الذى تم فيه الإجماع على عدم قبول شهادة الواحد مع اليمين.

و الروايات الواردة فى المقام على طائفتين:

الأولى: ما يظهر منها الاختصاص بالدين أو أنّ الثبوت بهما فى الدين، و فى موثقة أبى بصير قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد؟ قال: فقال كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق و ذلك فى الدين» «۱»، و فى صحيحة حماد بن عثمان قال:

«سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: كان على- عليه السلام- يجيز فى الدين شهادة رجل و يمين المدعى» «۲»، و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۹۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱: ۱۹۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۱

....

قال: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يجيز فى الدين شهادة رجل واحد و يمين صاحب الدين و لم يجز فى الهلال إلّا شاهدى عدل» «۱»، إلى غير ذلك.

الثانية: ما يظهر منه ثبوت حقوق الناس بهما، كصحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأمّا ما كان من حقوق اللّه عزّ و جلّ أو رؤية الهلال فلا» «۲».

و معتبرة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» «۳» بناء على عدم ارادة الدين من الحق.

و لو لم يكن فى البين صحيحة محمد بن مسلم كالصريحة فى الإطلاق يتعين الجمع بين الطائفتين بحمل الإطلاق فى الطائفة الثانية على القيد فى الطائفة الأولى، و لكن معها لا يمكن ذلك، بل يتعين أن تحمل الأولى على أنّ قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و

سلّم قد وقع بشاهد و يمين فى الدين لا- أنّ ثبوت الدعوى بهما يختص بالدين، كما يحمل على ذلك ما ورد فى معتبرة داود بن الحصين «۴» و غيرها ممّا يلحق بالطائفة الأولى.

لا يقال: مع الإغماض عن صحيحة محمد بن مسلم أيضا لا يمكن الاختصاص، لأنّ اعتراض على- عليه السلام- على قضاء شريح فى قضية درع طلحة

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴، من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵: ۱۹۵.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۲: ۱۹۶.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۱۹۳.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب كيفية الشهادات، الحديث ۳۵: ۲۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۲

....

شاهد لثبوت دعوى العين بشاهد و يمين، حيث ذكر سلام اللّه عليه فيها: «ثم أتيتك بالحسن فشهد فقلت: هذا واحد و لا أقضى بشهادة واحد حتى يكون معه آخر و قد قضى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بشهادة واحد و يمين» «۱».

فإنّه يقال: لم تكن دعوى على- عليه السلام- درع طلحة من موارد المحاكمة، كما ذكرنا سابقا، و يشير إلى ذلك ما فى ذيل الحديث: «ويلك- أو ويحك- أنّ إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على ما هو أعظم من ذلك»، و اعتراضه- عليه السلام- كان مبنيا على عدم جعل شريح شهادة الواحد مع يمين المدعى ميزان القضاء و لو فى دعوى الدين، كما يظهر ذلك من استشهاده- عليه السلام- بقضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم.

نعم يمكن أن يقال: إنّ فى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج دلالة أو إشارة إلى عدم اختصاص الثبوت بدعوى الدين أو المال و هو أنّه- عليه السلام- قد ذكر فى ردّ الحكم بن عتيبة و سلمة بن كهيل قول اللّه وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ «۲» هو أن لا تقبلوا شهادة واحد مع اليمين «۳»، و حاصل جوابه- عليه السلام- أنّ اللّه قد أمر بأخذ شاهدين عدلين فى تحمل الشهادة بالطلاق أو النكاح لا فى مقام أدائها و يمكن أن يتعيّن فى مقام التحمل تحمل الشاهدين و لا يعتبر فى مقام الأداء لاحتمال أن يكون حكمة التعدد فى التحمل لأجل أنّه لو نسى أحدهما الشهادة يكون الآخر على ذكر منها، و على ذلك فلو كان اعتبار شهادة الواحد مع يمين المدعى مختصا بالدين لكان الأنسب أن يذكر- عليه السلام- فى الردّ عليهما بأنّ الآية ناظرة إلى الطلاق أو النكاح و اعتبار شهادة الواحد و اليمين يختص بالدين.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

(۲) الطلاق: ۲.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۳

....

لا يقال: آية التداين بقرينة ما فيها من ذكر وجه اعتبار المرأتين مع الرجل من قوله سبحانه أَنْ تَضِلَّ إِحْداهُما فَتُذَكِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْرى

«۱» ظاهرها عدم اعتبار شهادة الواحد و يمين المدعى فى الدين أيضا.

فإنّه يقال: لا دلالة فى الآية المباركة أيضا على عدم سماع شهادة الواحد مع يمين المدعى إذا لم يمكن فى مقام الأداء شهادة رجل و امرأتين، بل على تقدير الإغماض فالظهور إطلاقى يرفع اليد عنه بما ورد فى قضاء رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بهما، كما يدل عليه ما ورد فى معتبرة داود بن الحصين «۲» و غيرها ممّا تقدم.

و الحاصل: مقتضى الجمع بين الطائفتين الالتزام بثبوت الدعوى فى حقوق الناس كافة بشهادة الواحد و يمين المدعى، إلّا إذا تم فى مورد الإجماع على خلافه، كما ذكره فى الجواهر أيضا. فما عن المشهور من اختصاص السماع بدعوى المال لا يخلو عن المناقشة، فإنّه إن كان مرادهم المقصود من الدعوى هو المال فيدخل فيها جملة من الحقوق غير المالية كدعوى الوكالة فيما كان غرض المدعى المطالبة بالأجرة، و كذا دعوى الوصاية فيما كان غرض المدعى الأكل بالمعروف، و دعوى النسب فيما كان الغرض من دعواها الإرث أو النفقة إلى غير ذلك.

و إن كان مرادهم أن يكون المدعى به فى نفسه مالا- فلا- وجه فى خلافهم و ترددهم فى ثبوت النكاح، و دعوى الوقف بهما. ثمّ إنّ الظاهر من حقوق الناس مقابل حقوق اللّه التى يدخل فيها الحدود و مع التردد فى مورد أنّه من حقوق الناس أو حقوق اللّه يرجع فيه إلى الأصل و مقتضاه عدم اعتبار شهادة الواحد، و يمين

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۵: ۲۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۴

و يشترط شهادة الشاهد أوّلا و ثبوت عدالته ثم اليمين (۱) و لو بدأ باليمين

المدعى بينة، لو لم نقل بظهور البينة فى خصوص شهادة العدلين من مثل قولهم- عليهم السلام-: «البينة على المدعى و اليمين على من أنكر» «۱»، و إن قولهم: و اليمين على من أنكر ظاهره عدم اعتبار يمين المدعى فى القضاء.

(۱) المنسوب إلى المشهور بل نفى الخلاف فى أنّه يعتبر فى ثبوت الدعوى بشاهد و يمين وقوع اليمين بعد شهادة الشاهد و ثبوت عدالته، فإنه و إن لا يعتبر الترتيب بين شهادة الشاهد و ثبوت عدالته إلّا أنّه يعتبر وقوع اليمين بعدهما، فلو حلف المدعى أوّلا وقع لغوا، فعليه اعادة اليمين بعدهما، و نسب فى كشف اللثام الاعتبار إلى قطع الأصحاب.

و يستدلّ على ذلك بوجوه بعضها استحسانية، كالمذكور فى المسالك بأنّ وظيفة المدعى إثبات مدّعاه بالبينة و لو بدأ بشهادة الواحد تنقص البينة و يكون لها تكميلها باليمين للنص، بخلاف ما إذا عكس الأمر فإنّ الحلف ليس من البدء بما هو وظيفة المدعى فلا يعتبر، و فيه انّ النص قد دلّ على ثبوت الدعوى بشاهد و يمين و لم يعتبر فيه تقديم الشهادة فتكون وظيفة المدعى إقامة البينة و مع عدمها الشاهد و اليمين، نظير ما ورد من أنّ على المدعى فى دعواه المال شهادة رجلين أو شهادة رجل و امرأتين، حيث لا تدل على وقوع شهادة الرجل قبل شهادة المرأتين.

و ذكر فى كشف اللثام أنّ اليمين تكون حجة المدعى إذا قوى جانبه، و مع حصول شهادة العدل الواحد أوّلا يقوى جانبه فتعتبر اليمين منه دون العكس، كما أنّ اليمين تثبت بها الدعوى بمجرّدها إذا قوى جانبه بنكول المنكر. و فيه أنّ ما

---

(۱) المستدرك: ج ۱۷، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۴: ۳۶۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۵

وقعت لاغية و افتقر إلى إعادتها بعد الإقامة.

ذكر مجرّد دعوى لم يشهد بها شيء من الروايات.

نعم قد يذكر أنّه قد ورد فى الروايات ذكر الشاهد قبل ذكر اليمين، فتكون ظاهرة فى اعتبار وقوع الشهادة قبل اليمين. و فيه أنّ الوارد فى جملة منها عطف يمين المدعى على شهادة رجل واحد بالواو العاطفة أو بلفظ مع و لا دلالة لهما على الترتيب بل فى رواية عباد بن صهيب عن أبيه عن الصادق عن آبائه: «أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قضى باليمين مع الشاهد الواحد» «۱»، و رواية العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا- عليه السلام- قال: «انّ جعفر بن محمد- عليهما السلام- قال له أبو حنيفة:

كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد» «۲».

و قد يذكر فى وجه تقديم شهادة الواحد أنّه لا إطلاق فى روايات الباب، فإنّها واردة فى مقام نفى حصر ثبوت الدعوى بالبينة، و إنّه يكفى فى القضاء فى الدين أو الحق المالى شهادة الواحد و يمين المدعى، و لذا لم يذكر فيها تمام ما يعتبر فى ثبوت الدعوى بهما، و إنّ الثبوت فيما إذا لم يتمكن المدعى من اقامة البينة.

و فيه: أنّه لا قرينة فى البين على كون تمام الروايات مهملة، مع أنّ الأصل فى كل خطاب كون المتكلم به فى مقام البيان من جهة قيود الموضوع و الحكم، و فى صحيحة أحمد بن محمد ابن أبى نصر البزنطى قال: «سمعت الرضا- عليه السلام- يقول: قال أبو حنيفة لأبى عبد اللّه- عليه السلام- تجيزون شهادة واحد و يمين؟ قال:

نعم قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و قضى به على- عليه السلام- بين أظهركم» «۳».

فإنّه و إن كان لدعوى الإهمال فيها مجال، و لكن لا مجال لدعواه فى مثل صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «كان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۵: ۱۹۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۳: ۱۹۶.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۷: ۱۹۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۶

و يثبت الحكم بذلك فى الأموال (۱): كالدين و القرض و الغصب، و فى

يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق» «۱»، و معتبرة داود بن الحصين عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: سألته عن شهادة النساء فى النكاح بلا- رجل معهنّ- إلى أن قال:- فقلت: أنّى ذكر اللّه تعالى قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ «۲»، فقال: ذلك فى الدين إذا لم يكن رجلان فرجل و امرأتان و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، قضى به رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و أمير المؤمنين- عليه السلام- بعده عندكم» «۳».

و على الجملة: التأمّل فى اعتبار تقديم الشهادة بل منع اعتباره، كما عن صاحب المستند هو الأظهر، و ليس المراد من يمين المدعى اليمين على صدق الشاهد فيما شهد حتى لا يكون للحلف موضوع قبل الشهادة، بل المراد اليمين على أنّه حقه ثابت، و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «أنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب يحلف باللّه أنّ حقّه لحق» «۴»، و ظاهر الحلف على ثبوت حقه لا الحلف على صدق الشاهد فيما وقع منه من الشهادة.

نعم فى المقام كلام، و هو أنّ يمين المدعى تقوم مقام الشاهد الآخر، بحيث تكون اليمين أحد جزئى المثبت للحق، أو أنّ مثبتة شهادة

الشاهد و يمين المدعى شرط فى شهادته و يتفرع على الأوّل أنّ الشاهد إذا رجع عن شهادته بعد القضاء بها يغرم نصف المال، و على الثانى أنّه يغرم تمام المال، لكن ظاهر الروايات كون اليمين أحد جزءى المثبت للحق، خصوصا بملاحظة معتبرة داود بن الحصين، حيث إنّ ظاهرها قيام اليمين مقام شهادة المرأتين القائمة شهادتهما مقام شهادة عدل آخر من البينة.

(۱) ظاهر كلام الماتن- قدّس سرّه- أنّه يثبت بشهادة عدل واحد و يمين

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۹۳.

(۲) البقرة: ۲۸۲.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۵: ۲۶۵.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۷

المعاوضات: كالبيع و الصرف و الصلح و الإجارة و القراض و الهبة و الوصية له، و الجناية الموجبة للدية: كالخطاء و عمد الخطاء و قتل الوالد ولده و الحر العبد و كسر

المدعى ما إذا كان نفس المدعى به مالا أو أمرا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس دعوى تملك المال عينا أو دينا أو منفعة، كدعوى البيع، و الوصية له، و الهبة، و القرض، و الغصب فى مال تالف أو غيره، و الجناية الموجبة للدية، و الأرش، و دعوى الإجارة، و غيرها ممّا يعبر عنها بالحقوق المالية.

و أنّه لا- يثبت بهما ما يكون المدعى به أمرا لا يكون المقصود بذلك الأمر عند الناس المال و ان ترتب عليه تملك المال، كما فى دعوى الخلع و الطلاق و الرجعة و التدبير و الكتابة و النسب و الوصية إليه و عيوب النساء و قد تقدم أنّ هذا القول هو المنسوب إلى المشهور، و فى مقابل ذلك اختصاص الثابت بشهادة الواحد و يمين المدعى بموارد دعوى الدين و عموم الثبوت بهما ما لم يكن من حدود اللّه سبحانه و أن يطلق عليه حق الناس، كدعوى القذف، أو كان مثل رؤية الهلال ممّا لا يكون فيها دعوى حق على الغير، أو كان فيها هذه الدعوى، و لكن قام دليل خاص أو إجماع على عدم اعتبار شاهد و يمين فيها.

و ذكر صاحب الجواهر- قدّس سرّه- أنّ كل مورد تشرع فيه ردّ يمين المنكر على المدعى تثبت الدعوى فيه بشهادة الواحد و يمين المدعى، حيث إنّ الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر قد صارت إلى المدعى الذى له شاهد واحد، و على ذلك فالأمر فى المسألة دائر بين القولين الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۸

العظام و الجائفة و المأمومة، و ضابطه كل ما كان مالا أو المقصود منه مالا، و فى النكاح تردد أمّا الخلع و الطلاق و الرجعة و العتق و التدبير و الكتابة و النسب و الوكالة و الوصية إليه و عيوب النساء فلا- و فى الوقف إشكال منشأه النظر إلى من ينتقل إليه و الأشبه القبول لانتقاله إلى الموقوف عليهم.

أقول: لم يظهر أنّ يمين المدعى مع شهادة الواحد دائر مدار جواز ردّ اليمين، و قد تقدم أنّ طائفة من الروايات ظاهرها اختصاص الثبوت بهما بالدين، و لكن فى مقابلها صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- «۱» من ثبوت حقوق الناس بهما، فالأمر دائر بين أن يكون المراد من حقوق الناس دعوى الدين كما ذكرنا انصراف الحق إلى الدين فى الروايات الواردة فى ردّ اليمين على المدعى، و بين أن يحمل ما ورد ما ظاهره الاختصاص بالدين على أنّ القضاء الواقع بشاهد و يمين من رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله

و سلّم قد وقع فى الدين لا أنّه يختص الثبوت بهما بالدين. و قد ذكرنا أنّه يمكن استظهار ثبوت المال بهما و لو كان عينا من صحيحة عبد الرحمن ابن الحجاج «۲»، بل ما يكون المقصود منه مالا.

و قد ظهر ممّا ذكرنا أنّ التردد فى دعوى النكاح لا وجه له فإنّه ربّما يكون غرض مدعيه المال كما فى فرض موت أحد الزوجين إلّا أنّ المقصود من النكاح عند الناس هو الزوجية لا المال، نظير دعوى الوصاية إليه، و اللّه سبحانه هو العالم.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۲: ۱۹۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۴۹

و لا يثبت دعوى الجماعة مع الشاهد إلّا مع حلف كلّ واحد منهم (۱) و لو

---

(۱) لو ادعى جماعة مالا مشتركا بينهم بسبب واحد كالإرث و أقاموا شاهدا واحدا فلا يكفى فى ثبوت دعواهم حلف واحد منهم مع شهادة الشاهد لهم، بل يعتبر فى ثبوتها حلف كلّ واحد منهم، لأنّ الدعوى المزبورة و ان كانت بحسب الصورة واحدة، إلّا أنّ كلا منهم مدع بالإضافة إلى حصته من ذلك المال، و الشاهد الواحد يشهد بالحصة لكلّ منهم، فيلزم حلف كل منهم على حصته.

و وحدة السبب لا- توجب الاكتفاء بحلف واحد فإنّه مضافا إلى ما تقدم من أن الثابت بشهادة الواحد و يمين المدعى المال دون السبب ان السبب فيه أيضا انحلال، فثبوته بالإضافة إلى بعض لا يلازم ثبوته بالإضافة إلى الآخرين بحسب الظاهر.

فما عن المقدس البغدادى من كفاية حلف واحد من بعضهم، و إلّا فلا- يثبت حقّ الحالف أيضا بدون حلف الآخرين لا يمكن المساعدة عليه، بل المحكى فى كلمات بعض التسالم على الحكم من الأصحاب، نعم ربّما يحتمل أن تثبت حصة كلّ منهم بالحلف الواحد فيما كان الحالف وليّا عليهم أو وكيلا عنهم فى الدعوى، و لكنّه أيضا لا يخلو من تأمل، و قد تقدم جواز حلف الولى بل الوكيل فى الدعوى مع علمه بالحال.

و على ذلك ففيما حلف البعض و امتنع الآخرون تثبت حصة الحالف و لو باعها من المدعى عليه و أخذ ثمنها فلا ينبغى التأمل فى عدم شركة الممتنعين عن الحلف فى الثمن المزبور، لأنّ المبيع هو الحصة، و كذا إذا ما باعها من غير المدعى عليه، أمّا إذا أخذ مقدار حصته و كان المدعى به عينا شارك، فى المأخوذ بقية الشركاء، لأنّ أخذ مقدار حصته من العين لا يعين حصته فيه، لبطلان القسمة مع غير المالك. و على الجملة فالمقدار المأخوذ مال مشترك باعتراف الحالف، كما أنّ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۰

امتنع البعض ثبت نصيب من حلف دون الممتنع و لا يحلف من لا يعرف ما يحلف

الباقى من العين عند المدعى عليه باق على الإشاعة بين الجميع.

و أمّا إذا كان المدعى به دينا على عهدة المدعى عليه تتعيّن حصته فى المأخوذ، لأنّ الدين إنّما يتعيّن بما فى الخارج بقصد الدافع و إذا قصد المدعى عليه دفع دينه للحالف يكون المأخوذ ملك الحالف، و تبقى حصة الآخر على ذمّته.

لا- يقال: كيف يختص الدين بالمدفوع إليه الحالف و لا يشترك فيه سائر الورثة مع أنّ الأصحاب ذكروا عدم جواز قسمة الدين المشترك قبل أخذه و استفادوا ذلك من الروايات الواردة من أنّ التالف من الدين يذهب على كل الشركاء و الواصل منه يكون مشتركا بينهم و لو مع قسمة الديان، و فى موثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن على- عليه السلام-: «فى رجلين بينهما مال منه بأيديهما و منه ما غائب عنهما فاقتسما الذى بأيديهما و احتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض أحدهما و لم

يقبض الآخر قال ما قبض أحدهما فهو بينهما و ما ذهب فهو بينهما» و قريب منها غيرها.

فإنّه يقال: الروايات المشار إليها لا تعمّ المقام، فإنّ المفروض فيها ما إذا كان لاثنين مالا بذمة الواحد أو المتعدد و اقتسما ذلك الدين قبل أخذه، بأن قال أحد الشريكين لصاحبه أنّ مالنا ما فى ذمة فلان من الدين المشترك لك و ما على عهدة الآخر لى، أو قال ما يؤخذ من المديون من القسط الأول من الدين لك و القسط الثانى لى و كان دفع المديون وفاء لما عليه من الدين لهما، و فى مثل ذلك لو تلف بعض الدين يحسب عليهما لبطلان القسمة أو انحلالها بتلف البعض.

أمّا إذا دفع من عليه المال للآخر ما عليه بقصد وفاء ما عليه له، يتعين الدين له بالدفع و لا يدخل فى المفروض فيها لتلف ما للآخر عليه بامتناعه عن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۱

عليه يقينا و لا يثبت مالا لغيره (۱)، فلو ادّعى غريم الميّت مالا له على آخر مع شاهد

الحلف، و كأنه أتلف ماله على الآخر بالامتناع المزبور.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّ امتناع المدعى مع الشاهد الواحد عن الحلف ليس كامتناعه عن اليمين المردودة عليه، فإنّ امتناعه عن اليمين المردودة يوجب سقوط دعواه، فيحكم القاضى ببراءة ذمة المدعى عليه، فلا يفيده الظفر بعد ذلك بالبينة، على ما تقدم، و هذا بخلاف اليمين مع الشاهد، حيث أنّ يمينه فى المقام إقامة المثبت لدعواه كإقامة البينة و امتناعه عن إقامة البينة ليس بمعنى طلب اليمين عن المنكر و الرضا بيمينه، فيكون امتناعه عن الحلف بلا طلب اليمين عن المنكر من إيقاف الدعوى، و لو ظفر بعد ذلك بشاهد آخر أو أنّه مات و قام وارثه لبذل اليمين ليأخذ حصة مورثه جاز.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- اعتبار أمرين فى الحلف المترتب عليه جواز القضاء:

الأوّل: كون المحلوف عليه أمرا يقينيا سواء أ كان الحلف على النفى أم الإثبات و سواء أ كانت اليمين مردودة أم غيرها.

الثانى: أنّه يعتبر فى الحلف أن لا يكون المحلوف عليه لغير الحالف، بأن يحلف على مال للغير و إن تعلّق حقه به، و لأجله تصح له الدعوى فيه.

أقول: إن كان المراد من الأمر الأوّل عدم جواز الحلف بمجرد وجدان ضبط المحلوف عليه فى كتابته أو كتابة مورثه مع احتمال كونه بلا موجب أو نحو ذلك مما لا يكون حجّة معتبرة فالأمر ظاهر، لما تقدم من الروايات الظاهرة فى اعتبار علم الحالف و أنّه لا يمين إلّا على العلم، و إن كان المراد اعتبار خصوص وصف اليقين بحيث لا يجوز الحلف اعتمادا على الحجج مع كون مفاد دليل اعتبارها أنّها علم بالواقع فلا يمكن المساعدة عليه كالاستصحاب، حيث مفاد خطاب اعتباره أنّ اليقين بالحالة السابقة يقين ببقائها و أنّ اليقين السابق يعتبر علما بالبقاء، نعم لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۲

فإن حلف الوارث ثبت و إن امتنع لم يحلف الغريم و كذا لو ادّعى رهنا و أقام شاهدا انّه للراهن لم يحلف لأنّ يمينه لإثبات مال الغير.

يجوز الحلف اعتمادا على مثل أصالة البراءة مما يكون مفادها مجرد الحكم الظاهرى.

و ما عن صاحب الجواهر من الاستشكال فى جواز الحلف اعتمادا على الاستصحاب بل تقويته عدم الجواز فيه تأمل، و قد تقدم جواز الحلف اعتمادا على قاعدة اليد و وروده فى معتبرة حفص بن غياث.

و أمّا ما ذكر من الأمر الثانى و هو عدم جواز الحلف على المال للغير سواء أ كان عينا أم على العهدة فقد نسب ذلك إلى الشهرة، و عن كاشف اللثام جواز حلف الولى على المال للمولى عليه.

و يستدل على عدم الاعتبار بما فى الروايات فى ثبوت الحق بشاهد و يمين صاحب الحق كما فى معتبرة منصور بن حازم «۱»، و يمين صاحب الدين كما فى صحيحة محمد بن مسلم «۲»، مع أنّ الأصل عدم ثبوت الدعوى و عدم نفوذ القضاء بغير يمين صاحب الحقّ.

و لكن الأظهر عدم الفرق فى الحلف سواء أ كانت اليمين مردودة أم مع الشاهد بين كونه على المال للحالف أو للغير فيما إذا تعلّق للحالف الحق بذلك المال أو بدعواه، كما فى الولى و الوكيل فى الدعوى.

و ما ذكر من الروايات و إن كان ظاهرها حلف من يدعى أنّه مالك المال، إلّا أنّها لا تصلح لتقييد الإطلاق فى البعض الأخرى كصحيحة حماد بن عثمان قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: كان على- عليه السلام- يجيز فى الدين

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۹۳.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۵ و ۱۱: ۱۹۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۳

و لو ادّعى الجماعة مالا لمورثهم و حلفوا مع شاهدهم تثبت الدعوى (۱) و قسم بينهم على الفريضة و لو كان وصيّة قسّموه بالسّويّة إلّا أن يثبت التفضيل و لو امتنعوا لم يحكم لهم و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركة، و لو كان فى

شهادة رجل و يمين المدعى» «۱»، و صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام-: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم» «۲». و صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «ترد اليمين على المدعى» «۳».

و الوجه فى عدم صلاحها للتقييد كون الغالب فى المدعى بالمال صاحبه فلا تمنع عن الأخذ بالإطلاق فى الطائفة الثانية مع أنّه لا تنافى بين الإطلاق و التقييد لكونهما من المثبتين مع انحلال الحكم.

و الحاصل أنّ مع الإطلاق لا تصل النوبة إلى الأصل العملى، أضف إلى كل ذلك صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الواردة فى اعتراض علىّ- عليه السلام- على قضاء شريح فى درع طلحة «۴»، مع أنّ الحلف عليه مع الشاهد الواحد لم يكن من حلف المالك بناء على ما ذكروا من توجه اعتراضه عليه السلام إليه فى قضائه المفروض فى الرواية.

(۱) ثمّ إنّ الماتن- قدّس سرّه- قد فرع على الأمر الثانى فروعا:

الأوّل: ما إذا ادّعى غريم الميت يعنى الدائن عليه مالا للميت على آخر،

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱: ۱۹۵.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۲: ۱۹۶.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۷۶.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۴

الجملة مولى عليه يوقف نصيبه فإن كمل و رشد حلف و استحقّ و إن امتنع لم يحكم له و إن مات قبل ذلك كان لوارثه الحلف و استيفاء نصيبه.

و كان له شاهد، فإنّه لا يحلف الدائن على ذلك المال للميت على الغير و ان يصحّ له طرح الدعوى على الغير لتعلّق حقه بذلك المال مطلقا أو مع امتناع الوارث عن المخاصمة مع ذلك الآخر على ما تقدم و الحلف مع الشاهد يجوز للوارث.

أقول: قد تقدم الكلام فی ذلک فلا نعید.

الثانی: ما لو ادعی علی الآخر انّ المال الموجود بیده ملک الغیر و انّه قد رهن عنده بالدین له علیه فإنّه لا یجوز له ان یحلف علی انّ المال للمدیون لأنّ حلفه یکون لثبوت المال للغیر.

الثالث: ما إذا ادعی جماعهٔ أنّ المال بید الآخر أو عهدته لمورثهم و أقاموا شاهدا واحدا فإنّهم یحلفون مع الشاهد و یقتسمون المال علی أسهم الإرث و لو ادعوا أنّه وصیهٔ لهم یقتسمونه بالسویهٔ مع عدم ثبوت القرینهٔ علی التفصیل و لو امتنع بعضهم عن الحلف أخذ الحالفین أسهمهم و لا یشارک الممتنع فی المأخوذ، و لو کان فی جملهٔ الجماعهٔ قاصر لا یحلف ولیه، لأنّ حلفه للغیر، بل یأخذ غیره سهمه، و یوقف الدعوی بالإضافهٔ إلیه، و ینتظر بلوغه، فلو حلف بعد البلوغ أخذ ماله عن المدعی علیه، و إن مات قبل حلفه قام وارثه مقامه.

أقول: إنّ الحالف فیما أخذ العین المدعی بها کلا أو بعضا یشترک فیه الجمیع لبطلان القسمهٔ مع غیر المالک مع اعتراف الحالف بأنّ المال علی الإشاعهٔ بین الجمیع، و ذکرنا فی المقام عدم الفرق بین الولی و غیره فی جواز الحلف، بل لا یجوز فی الفرض للولی إیقاف الدعوی بامتناعه عن الحلف لأنّه من تضییع مال المولی علیه.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۲۵۵

[مسائل خمس]

اشارهٔ

مسائل خمس:

[الأولی: لو قال: هذه الجاریهٔ مملوکتی و أم ولدی]

الأولی: لو قال: هذه الجاریهٔ مملوکتی و أم ولدی حلف مع شاهده و یثبت رقیتها (۱) دون الولد لأنّه لیس مالا و یثبت لها حکم أم الولد بإقراره.

[الثانیهٔ: لو ادّعی بعض الورثهٔ أنّ المیّت وقف علیهم دارا]

الثانیهٔ: لو ادّعی بعض الورثهٔ أنّ المیّت وقف علیهم دارا (۲) و علی نسلهم، فإن حلف المدّعون مع شاهدهم قضی لهم و إن امتنعوا حکم بها میراثا و کان

---

(۱) لو کانت بید زید جاریهٔ و ادعی آخر علیه أنّ الجاریهٔ مملوکته و أنّها أم ولده و اقام شاهدا و حلف أنّها أم ولده فلا ینبغی التأمل فی أنّه یثبت بهما أنّها مملوکته، و أمّا ولدها فیبقی فی ید زید، لأنّ مدعی الجاریهٔ لم یدع ملکیهٔ الولد له، بل ادعی النسب، و هو علی ما تقدم لا یثبت بشاهد و یمین. نعم لا یجوز للمدعی بیع الجاریهٔ أخذا باعترافه بأنّها أم ولد یترتب علیها حکمها من عدم جواز البیع و غیره.

و المتحصل: أنّه یبقی الولد بید المدعی علیه، فیحکم بکونه ملکا له، أخذا بمقتضی یده علیه. نعم إذا انتقل ذلک الولد إلی المدعی بالإرث من ذی الید أو المصالحهٔ أو غیرهما یحکم بکونه حرا، أخذا علی المدعی باعترافه السابق، و ربّما یناقش فیما ذکر ببعض الاعتراضات، و لا ثمرهٔ مهمهٔ للتعرض لها.

(۲) لو ادعی بعض الورثهٔ أنّ الدار الفلانیهٔ التی کانت لمورثهم قد وقفها المورث علیهم و علی نسلهم، کما هو مقتضی الوقف الخاص

و أقاموا شاهـدا واحدا، فإن حلفوا قضـى بهما لهم بالوقف، فيخرج دين الميت من غيرها، كما يخرج وصاياه من غيرها من ثلث التركة الباقيـة بعـد أداء الـدين و يقسم باقى التركة على جميع الورثة على أسـهم الإرث، و لو لم يكن له تركة غير الدار فهو ممن لا تركة له، فلا موضوع لإخراج ديونه و وصاياه وارثه، و إذا امتنع مدعى الوقف عن الحلف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۶

نصيب المـدعين وقفـا و لو حلف بعض ثبت نصـيب الحالف وقفا و كان الباقى طلقا، تقضـى منه الـديون و تخرج الوصايا و ما فضـل ميراثا و ما يحصل من الفاضل للمدّعين يكون وقفا.

مع الشاهـد بأن لم يحلف من المـدّعين بالوقف حتى واحـد منهم تدخل الدار المفروضة فى تركة الميت فيخرج منها ديونه و يصـرف من ثلثها وصاياه و يكون الباقى لجميع الورثـة المـدّعين بالوقف و غيرهم على أسـهم الإرث، غايـة الأمر يؤخـذ المدعون بإقرارهم بأن الدار ليست من الملك الطلق لهم حتى يتمكنوا على بيعها.

و لو لم يكن للميت مـال آخر غير تلـك الـدار و حلف بعض المـدعين بـالوقف عليهم دون البعض الآـخر كمـا إذا كانوا أربع اخوة و ادعى اثنـان منهم الوقف عليهمـا و أقامـا شاهـدا واحـدا و حلف أحـدهما و امتنع الآـخر يثبت الوقف فى نصف الـدار كمـا هو تقضـى ادعائهمـا أنّ تمـام الـدار وقف عليهمـا حيث أن مقتضـاه كون كلّ منهما مـدعيا بأنّ نصف الـدار بنحو الإشاعـة وقف عليه فيخرج دين الميت من نصفها الآخر و ينفذ وصاياه من ثلث الباقى من بعد أداء الدين و يجعل ثلثى الباقى من النصف ثلاثة اسمهم سهمان منه لغير المدعيين و سهم للمدعى غير الحالف نعم يؤخذ غير الحالف بإقراره بأنّ ملكه غير طلق على ما تقدم.

مثلا يكون الـدار المزبور اثنى عشـر سـهما، و بحلف أحد المدعيين يثبت له سـتة أسـهم و هى نصف الدار، و تبقى سـتة أسـهم، و إذا صرف ثلاثة من الستة الباقية فى ديون الميت و وصاياه يبقى ثلاثة أسهم سهم واحد للممتنع عن الحلف و سهمان للآخرين.

و لكن ظاهر المصنف- قدّس سرّه- كجماعة من الأصحاب أن الباقى بعد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۷

و لو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذه بعده (۱) الحلف مع الشاهد و لا يبطل حقّهم بامتناع الأوّل.

إخراج الـدين و وصايـاه يقسم على جميع الورثـة حتى الحـالف، و لاـ يمكن المساعـدة عليه، فـإنّ الحالف معترف بأنّه لا سـهم له من البـاقى، و أنّه ليس له من الـدار إلّـا نصـفها حيث أنّهـا وقف عليه و على أخيه و المنكرين للوقف و إن يعترفون بـإرث الحـالف إلّـا أنّه يقولان بأنّ سهمه أقل من النصف.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه إذا انقرض الممتنع عن الحلف كان للبطن الذى يصير حصة الممتنع إليه الحلف على الوقفية، فتأخذ الحصة بتمامها، لأنّ امتناع السابق لا يوجب سقوط دعوى الوقف فى النصف الثانى من الدار.

أقول: فى المسألة فرضان:

الأوّل: أن يكون بعض الاخوة ممن لم يـدع الوقفيـة كان منكرا للوقفيـة على المدعين بها و بما أنّه ثبتت دعوى الوقفية فى نصف الدار بشاهـد و يمين حلفوا على نفى الوقفيـة، و فى هذا الفرض لا مجال لنقض الحكم السابق بعدم الوقفية بالإضافة إلى نصـفها الآخر، غاية الأمر من انتقلت إليه حصـة الممتنع عن الحلف من نصـفها لاعترافه بالوقف ايضا يلزم بإقراره به بالإضافة إلى تلك الحصة التى فرضـنا أنّها الواحد من ثلاثة.

الثانى: أن يكون جريان حكم التركـة على نصف الدار لإيقاف الدعوى و عدم مطالبة الممتنع عن الحلف بالحلف عن المنكرين أو أنّ البعض لم يكن منكرا للوقفيـة و لاـ مقرا بها، كما إذا قالوا لا نعلم الحال، و فى هـذا الفرض يمكن أن يقال بأنّ للبطن اللاحق من نسـل

الممتنع أن يحلف على الوقفية و يأخذ النصف الثانى من الدار، و لكن قد يناقش فى هذا أيضا بأنّه لا مورد لحلف البطن اللاحق، لأنّ الحكم بالوقفية فى النصف الثانى يكون من الوقف المنقطع الأوّل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۸

[الثالثة: إذا ادّعى الوقفية عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده]

الثالثة: إذا ادّعى الوقفية عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفة لأنّ الثبوت الأوّل اغنى عن تجديده و كذا إذا انقرضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح، و أمّا لو ادّعى التشريك بينه و بين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين (۱) لأنّ البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجودة وقت الدعوى فلو ادّعى ثلاثة اخوة أنّ الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد ثمّ صار لأحدهم ولد فقد صار الوقف أرباعا و لا تثبت حصة هذا الولد ما لم يحلف لأنّه يتلقى الوقف عن الواقف فهو كما لو كان موجودا وقت الدعوى و يوقف له الربع فإن كمل و حلف أخذ.

و إن امتنع قال الشيخ يرجع ربعه على الإخوة لأنّهم أثبتوا أصل الوقف عليهم ما لم يحصل المزاحم و بامتناعه جرى مجرى المعدوم و فيه إشكال ينشأ من اعتراف الأخوة بعدم استحقاق الربع و لو مات أحد الإخوة قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاة الميت لأنّ الوقف صار أثلاثا و قد كان له الربع إلى حين الوفاة فإن بلغ و حلف أخذ الجميع و إن ردّ كان الربع إلى حين الوفاة لورثة الميت و الأخوين و الثلث من حين الوفاة لأخوين و فيه أيضا إشكال كالأوّل.

و لكن لا يخفى أنّ الشاهد و اليمين تثبتان الوقفية من الأوّل كاثبات البينة، حيث إنّ الوقف تمليكى فيأخذ البطن اللاحق النصف من الدار و ما تلف من منافعها فى اليد الآخرين مما كان ملكا للممتنع عن الحلف، اللهم إلّا أن يقال أن امتناعه عن الحلف كان إسقاطا لاحترام تلك المنافع فلا يضمن الآخرين عليه بها.

(۱) ذكر فى الجواهر أنّه إذا انقرض الحالف و صار الوقف إلى البطن اللاحق فيحتاج ثبوت الوقف على اللاحق إلى حلفه، لأنّ الوقف ثبت بالإضافة إلى الحالف الماضى و البطن اللاحق لا يتلقى الملك من السابق كما فى الإرث ليكفى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۵۹

[الرابعة: لو ادّعى عبدا و ذكر أنّه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث]

الرابعة: لو ادّعى عبدا و ذكر أنّه كان له و أعتقه (۱) فأنكر المتشبث قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه و هو بعيد لأنّه لا يدّعى مالا.

فى الانتقال إلى اللاحق ثبوت الملك للسابق بل يتلقى من الواقف فيلزم فى ثبوت الوقف بالإضافة إليه الحلف.

و فيه: أنّ الوقف و إن ينحل بالإضافة أى الموقوف عليه المتعدد كما إذا وقف العين على زيد و عمرو و من بعدهما على أولادهما نسلا بعد نسل فيكون نصفها وقفا لزيد و نصفها الآخر لعمرو، إلّا أنّ الوقف لا ينحل إلى المتعدد بالإضافة إلى البطون التالية، و لذا يكفى فى تحقق القبض قبض البطن الموجود و على ذلك و كما أنّ مع البينة بالوقف تثبت الوقف التمليكى و كذلك بشاهد و يمين، و قد تقدم عدم صحة ما بنوا عليه الحكم فى أمثال المقام من أنّ الحلف على ملك الغير غير صحيح، فإنّ ظاهر الروايات أنّ الحلف مع شاهد واحد يقوم مقام البينة و تثبت بها الدعاوى المالية أو غيرها أيضا كثبوتها بالبينة و ان الحلف يصح على العلم فيما كان مدعيا ولاية أو وكالة.

و الظاهر عدم الفرق فی عدم الحاجة إلی الحلف من البطن اللاحق سواء أ كان الوقف بالإضافة إلی البطن اللاحق علی وجه التشریک أم بنحو الترتب و انقضاء البطن الموجود.

(۱) لو كان بید شخص عبدا فادّعی علیه آخر أنّ العبد المزبور كان له و انّه أعتقه فهو حر و اقام بذلک شاهدا فهل یثبت كونه حرا بحلف المدعی مع ذلک الشاهد الواحد؟ قال الشیخ- قدّس سرّه- نعم، لأنّ الملک السابق یثبت بشاهد و یمین فیحکم بكونه حرا أخذا علیه بإقراره، و لكن لا یخفی ما فیه لعدم تحقق الدعوی علی الغیر فی الفرض لیقال بثبوتها بشاهد و یمین. و دعوی ولاء

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۰

[الخامسة: لو ادّعی علیه القتل و أقام شاهدا]

الخامسة: لو ادّعی علیه القتل و أقام شاهدا فإن كان خطاء أو عمد الخطاء حلف و حكم له (۱) و إن كان عمدا موجبا للقصاص لم یثبت بالیمین مع الواحدة و كانت شهادة الشاهد لوثا و جاز له إثبات دعواه بالقسامة.

العتق مما لا یثبت بشاهد و یمین، كما هو المفروض. نعم إذا كان المدعی المزبور عدلا، و شهد معه آخر بما ذكر یثبت عند الحاكم كونه حرا غیر مملوک، فیأخذه و یخلی سبیله بناء علی ترتب ولاء العتق لا یوجب ردّ شهادته.

(۱) لو ادّعی أن فلانا قتل مورثه خطأ أو بنحو شبه العمد، و أقام شاهدا واحدا و حلف علی القتل تثبت الدیة علی العاقلة فی الأول و علی القاتل فی الثانی فإن الدیة ما یثبت بشاهد و یمین. بخلاف ما إذا ادعی علیه القتل عمدا و اقام شاهدا، فإنّه لا یثبت القصاص بشاهد و یمین، بل وجود شاهد واحد یوجب اللوث، فیثبت القتل العمدی فی المورد بالقسامة.

لا یقال: بناء علی ثبوت حق الناس بشاهد و یمین یثبت القصاص، فإنّه من حق الناس.

فإنّه یقال: لا یثبت القصاص بشاهد و یمین و لو كان من حق الناس، فإن ذلک مقتضی ما ورد فی ثبوت القتل بالبینة، و مع عدمها فی مورد اللوث علی المدعی علیه البینة بالنفی و مع عدمها تعتبر القسامة، بل لا یبعد أن یكون الأمر كذلک بالإضافة إلی القتل خطأ أو شبه الخطأ، فیعتبر فی ثبوت الدیة علی العاقلة أو علی القاتل القسامة، و لا یكفی مجرد شاهد و یمین. و تمام الكلام فی كتاب القصاص و الدیات، ان شاء اللّه تعالی.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۱

[خاتمة تشتمل علی فصلین]

اشارة

خاتمة تشتمل علی فصلین

[الأوّل فی كتاب قاض إلی قاض]

اشارة

الأوّل فی كتاب قاض إلی قاض إنهاء حكم الحاكم إلی الآخر أمّا بالكتابة أو القول أو الشهادة.

أمّا الكتابة فلا عبرة (۱) بها لإمكان التشبیه.

(۱) قد يتحقق القضاء و فصل الخصومة عن قاض و ينهى القاضى المزبور و يبلغه إلى قاض آخر ليحكم الآخر به ايضا، و ربّما يكون الداعى إلى ذلك عدم تجديد المخاصمة عنده، أو تنفيذ الحاكم الآخر قضاءه، أو أنّه قد حكم للمدعى مع غياب المدعى عليه، و حيث إنّ الغائب على حجته و يمكن له إقامة الدعوى على المدعى عنده فيكون على علم من قضائه فى الواقعة المرفوعة إلى القضاء قبل ذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۲

و أمّا القول مشافهة فهو أن يقول للآخر: حكمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففى القضاء به تردّد، نص الشيخ فى الخلاف انّه لا يقبل.

و الإبلاغ و الإنهاء يكون على وجوه:

الأوّل: أن يكتب الحاكم الأول إلى الثانى بصورة حكمه و انّه قد حكم فى الواقعة الفلانية للمدعى المزبور على فلان و يذكر اسمه و رسمه بكذا و كذا و لا سيّما أن يذكر مدرك قضائه من شهادة العدلين أم شهادة واحد و يمين المدعى أو غير ذلك.

الثانى: أن يذكر الحاكم الأول للثانى أنّه قد حكم فى الواقعة الفلانية المرفوعة إليه و يذكر خصوصياتها بكذا و كذا.

الثالث: أن يأخذ الحاكم الأول شهادة الشاهدين بقضائه ليشهدا عند الحاكم الآخر به.

أما الإبلاغ و الإنهاء بالكتابة فالمشهور على عدم اعتباره بها سواء أ كان فى البين شهادة شاهدين أنّه كتابته أم لا، و سواء أ كان الكتاب مختوما بخاتمه أم لا، لأنّ الكتابة تحتمل التزوير و عدم القصد بما رسمه، و فى موثقة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام-: «أنّه كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض فى حد و لا فى غيره حتى وليت بنو أمية فأجازوا بالبينات» «۱»، و نحوها رواية طلحة بن زيد «۲»، خلافا لأبى على فجوزها فى حقوق الناس دون حقوق اللّه تعالى. و عن الأردبيلى موافقته مع العلم بكتابته قاصدا لمعناها.

أقول: إذا أحرز الحاكم الثانى أنّ ما وصل إليه كتابه القاضى الأول و أنّه قد كتبه بعد قضائه فلا فرق بينها و بين أخباره بحكمه مشافهة و ما فى الروايتين

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۱۸.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۲۱۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۳

و أمّا الشهادة فإن شهدت البينة بالحكم و بإشهاده إيّاهما على حكمه تعيّن القبول لأنّ ذلك ممّا تمسّ الحاجة إليه إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعدة غالب و تكليف شهود الأصل التنقل متعذّر أو متعسّر فلا بدّ من وسيلة إلى استيفائها مع تباعد الغرماء و لا وسيلة إلّا رفع الأحكام إلى الحكام و أتمّ ذلك احتياطا ما صوّرناه.

محمول على صورة عدم إحراز ذلك مع ضعف الثانية سندا.

و أمّا اخبار الحاكم بحكمه الحاكم الثانى، كما إذا قال له قد حكمت فى الواقعة الفلانية لفلان على فلان بكذا، فعن الشيخ- قدّس سرّه- فى الخلاف بعدم الاعتبار بالخبر و لا يصلح سندا للحكم من الحاكم الثانى و تردّد فيه الماتن- قدّس سرّه- و إن قوّى القبول فيما بعد و سيأتى التعرض له.

و أمّا الحكم اعتمادا على البينة بالحكم من الحاكم الأول بأن يشهد عدلان بأن الحاكم الأول قد حكم بحضورهما بكذا لفلان على

فلان فقد ذكر الماتن- قدّس سرّه- فى جوازه وجوها:

الأوّل: الحاجة إلى الحكم من الحاكم الثانى أو تنفيذه يقتضى ذلك، فإن الحقوق لأربابها فى البلاد المتباعدة أمر غالب و استيفائها يحتاج إلى وسيلة فى رفع الحكم من حاكم إلى حاكم آخر، حيث أن تنقل الشاهدين بأصل الحق فى البلاد متعسر أو متعذر غالبا، فيكون رفع حكم الحاكم بشهادتهما إلى حاكم آخر بشهادة الشاهدين بحكمه من أتم الوسيلة.

لا- يقال: يمكن الحكم من الحاكم الثانى بوجه آخر، و هو شهادة الفرع على شهادة الأصل بالحق عند الحاكم الثانى ليكون إنفاذه و حكمه من الحكم بالبينة.

فإنّه يقال: تعسّر التنقل أو تعذّره يجرى فى شاهدى الفرع أيضا، لأن قبول

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۴

لا يقال: يتوصل إلى ذلك بالشهادة على الشهود الأصل، لأنّا نقول قد لا يساعد شهود الفرع على التنقّل و الشهادة الثالثة لا تسمع و لأنّه لو لم يشرع إنهاء الأحكام بطلت الحجج مع تطاول المدد و لأنّ منع ذلك يؤدّى إلى استمرار الخصومة

شهادة الفرع يختص بالمرتبة الثانية و شهادة المرتبة الثالثة غير مقبولة عندهم بل شهادة الفرع بالمرتبة الثانية أيضا لا تكفى فى ثبوت كل الدعاوى كما يأتى.

الثانى: انّه لو لم تسمع الشهادة بالحكم بأن يتوقف الحكم من الحاكم الثانى بأصل الحق على البينة به عنده أو على الشهادة بالشهادة بالحق بالمرتبة الثانية كما يعبر عنها بشهادة الفرع لبطل اقامة الحجج لذوى الحقوق مع تطاول الأزمنة، حيث يتوقف الحكم من الحاكم الثانى على قيام البينة عنده بالحق أو الشهادة بالشهادة به، و بتتالى الأزمنة يموت الحاكم الأول و شهود الحق أصلا و فرعا و تنقطع الحجة بالحق.

أقول: عدم انقطاع الحجة بالحق لا يتوقف على حكم الحاكم اللاحق بالحق ليقال أنّ حكمه به يتوقف على البينة عنده أو الإقرار أو اليمين المردودة، بل تبقى الحجة بالحق فى الأزمنة المتتالية بحكم اللاحق بأنّ هذه الواقعة قد حكم فيها بكذا السابق عليه و ان حكمه نافذ، سواء أحصل له العلم بحكم السابق بسماعه منه مشافهة أم بغيره حتى من خصوصيات كتابة القاضى السابق كما تقدم أم بقيام البينة عنده بالحكم من الحاكم السابق.

و على الجملة: فمقتضى ما تقدم من لزوم التصدى كفاية لإيصال حقوق الناس بعضهم إلى بعض و نفوذ القضاء و عدم جواز نقضه لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل.

و مما ذكرنا يظهر ضعف ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- فى الوجه الثالث، و هو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۵

فى الواقعة الواحدة بأن يرافعه المحكوم عليه إلى الآخر فإن لم ينفذ الثانى ما حكم به الأوّل اتصلت المنازعة. و لأنّ الغريمين لو تصادقا إن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم ما حكم الأوّل فكذا ما لو قامت البيّنة لأنّها تثبت ما لو أقرّ به الغريم به لزم.

أنّه لو لم تسمع الشهادة بالحكم اتصلت المنازعة بين المتخاصمين فى خصومة واحدة حيث يمكن للمدعى عليه فيها طرح الخصومة عند حاكم آخر، و وجه الظهور ان مقتضى ما تقدم تنفيذ الحاكم الآخر الحكم الصادر عن الأوّل لا الحكم فى تلك الخصومة ثانيا بثبوت الحق للمحكوم له بلا بينة عنده بالحق.

الثالث: انّ المتنازعين لو اعترفا بأنّ الحاكم قد حكم فى واقعتهما بكذا ألزمهما الحاكم الثانى بالعمل على طبق حكمه، فتكون البينة بحكمه أيضا كذلك، و مقتضى ذلك لزوم تنفيذ الحكم الصادر عن الأوّل.

فتحصل من جميع ما ذكرنا أنّ إلزام الحاكم الثانى المحكوم عليه فى حكم الحاكم الأوّل بالعمل عليه مشروع بل لازم، فإنّه مقتضى نفوذ ذلك الحكم و عدم جواز ردّه و الإلزام بالعمل عليه داخل فى الأمر بالمعروف، و انّ تنفيذه من شؤون القاضى و الحاكم لكونه من استيفاء حقوق الناس بعضهم من بعض سواء أ كان الحكم عنه أم عن الحاكم قبله.

بل لا تبعد مشروعية حكمه بثبوت الحكم عن الحاكم السابق فيما إذا طلب المحكوم له و أحرزه الحاكم وجدانا أو بشهادة الشاهدين.

لا يقال: هذا خارج عمّا دل على نفوذ القضاء فى موارد المخاصمة، فإنّ مقتضاه القضاء فى مورد المنازعة لا فى ثبوت القضاء و عدمه.

فإنّه يقال: الغرض من القضاء إنهاء الخصومة و استيفاء الحقوق، و هذا لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۶

لا يقال: فتوى الأصحاب أنّه لا يجوز كتاب قاض إلى قاض و لا العمل به، و رواية طلحة بن زيد و السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: إنّ عليا- عليه السلام- كان لا يجيز كتاب قاض إلى قاض لا فى حدّ لا فى غيره حتّى وليت بنو أميّة فأجازوا بالبيّنات.

يتم إلّا بحكم الحاكم الثانى بثبوت الحكم عن الحاكم السابق، و إلّا لاستمرت المنازعة، نعم القضاء بثبوت الحق للمحكوم له فى تلك الواقعة اعتمادا على الحكم من الحاكم السابق لم تعلم مشروعيته، فضلا عن نفوذه، فإنّه من القضاء بلا بينة و لا علم منه.

ثمّ إنّ ظاهر المصنّف- قدّس سرّه- أنّه يعتبر فى حكم الحاكم الثانى بنفوذ الحكم الأوّل حضور شاهدى الحكم المخاصمة المرفوعة إلى الحاكم الأوّل و سماعهما الحكم بإشهاده على حكمه، و لو كان حضورهما فى تلك الواقعة اتفاقيا، و لم يطلب منهما تحمل الشهادة فلا يعتبر شهادتهما. و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لا يعتبر فى سماع البينة إلّا الاخبار بالواقعة المشهود بها عن حسّ، و عليه فلو لم يحضر إلّا إنشاء نفس الحكم الصادر من القاضى السابق بعد أن يستمعا المرافعة بين المتخاصمين سمع شهادتهما بالحكم.

بقى فى المقام أمور:

منها: أنّه قد تقدم انّه على الحاكم الثانى الحكم التنفيذى و إنفاذ الحكم من الحاكم السابق مع ثبوت ذلك الحكم عنده بوجه معتبر، فإنّه مع ثبوته كذلك يكون إلزام المتخاصمين بالعمل به داخلا فى الأمر بالمعروف و المنع عن المنكر يعنى ردّ قضاء الحاكم الأوّل كما أنّ عليه الحكم التنفيذى لئلا تستمر المنازعة، أضف إلى ذلك: انّ إنفاذ القضاء الصحيح من الحاكم من شؤون القضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۷

لأنّا نجيب عن الأوّل بمنع دعوى الإجماع على خلاف موضع النزاع لأنّ المنع من العمل بكتاب قاض إلى قاض ليس منعا عن العمل بحكم الحاكم مع ثبوته و نحن نقول فلا عبرة عندنا بالكتاب مختوما كان أو مفتوحا و إلى جواز ما ذكرنا أومأ الشيخ أبو جعفر- ره- فى الخلاف.

و نجيب عن الرواية بالطعن فى سندها فإنّ طلحة بترى و السكونى عامى و مع تسليمها نقول بموجبها فإنّا لا نعمل بالكتاب أصلا و لو شهد به فكأنّ الكتاب ملغى.

و أمّا إذا لم يثبت الحكم السابق بأن شهد الشاهدان أنّ حق زيد على عمرو بكذا كان ثابتا عند الحاكم الفلانى، أو أنّ الحاكم الأوّل ذكر لهما هذا الحق اخبارا فلا مورد للحكم التنفيذى من الحاكم الثانى و لا للتنفيذ لعدم إحراز الحكم من الأوّل، و مجرد ثبوت حق لزيد على عمرو لا يلازم ثبوته عند الحاكم الآخر، بل يعتبر فى الحكم من الحاكم الآخر إقامة المدعى البينة بحقه أو إقرار خصمه أو اليمين المردودة على ما مرّ، بل لا يشرع القضاء فى الواقعة ثانيا بعد القضاء النافذ سابقا.

و منها: أنّه لو تغيّر حال الحاكم الأوّل بعد حكمه بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى إنفاذ الحاكم الآخر حكمه بخلاف ما لو تغير حاله بفسق، فإنّه لو سبق الإنفاذ على الفسق فهو و إلّا فلا ينفذ بل يتعين تجديد المرافعة عند الحاكم الثانى، و ذكروا فى وجه الفرق انّ فسقه

يكشف عن سوء حاله حال قضائه بخلاف الموت و العزل و نحوهما و فى الفرق ما لا يخفى.

و هذا بالإضافة إلى تغيّر حال الحاكم الأوّل، و أمّا تغيّر حال الحاكم الثانى فلا يقدح فى الحكم من الحاكم السابق، و كلّما ثبت الحكم السابق عند حاكم آخر يترتب عليه جواز الإنفاذ أو وجوبه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۸

إذا عرفت هذا فالعمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق اللّه.

ثمّ إنّ ما ينهى من الحاكم أمران: أحدهما حكم وقع بين المتخاصمين و الثانى إثبات دعوى مدّع على غائب.

أمّا الأوّل: فإن حضر شاهدا لأنهاء خصومة الخصمين و سمعا ما حكم به الحاكم و أشهدهما على حكمه ثمّ شهدا بالحكم عند الآخر ثبت بشهادتهما حكم ذلك الحاكم و أنفذ ما ثبت عنده لا أنّه يحكم بصحة الحكم فى نفس الأمر إذ لا علم له به بل الفائدة فيه قطع خصومة الخصمين لو عادوا المنازعة فى تلك الواقعة و إن لم يحضر الخصومة فحكى لهما الواقعة و صورة الحكم و سمّى المتحاكمين بأسمائهما و آبائهما و صفاتهما و أشهدهما على الحكم ففيه تردّد و القبول أولى لأنّ حكمه كما كان ماضيا كان أخباره ماضيا.

و منها: انّ قضاء التنفيذ يختص بما إذا كان الحكم للحاكم الأوّل فى حقوق الناس، فلا يشرع ذلك فى الحدود و نحوها من حقوق اللّه سبحانه، و ذكر فى الجواهر بلا خلاف، بل حكى غير واحد الإجماع عليه و هو الحجّة، لا ما قيل من درء الحدود بالشبهة فإنّه لا تكون شبهة بعد قيام البينة.

أقول: ما تقدم أنّ الالتزام بالقضاء التنفيذى لقطع المنازعة و عدم استمرارها فى طول الزمان، و هذا لا يجرى فى الحدود بل ذكرنا سابقا أنّه لا مورد للقضاء فى الحدود، حيث إنّ موجب الحد مع إحرازه بما هو معتبر فيه بترتب عليه اجراء الحد و إلّا فلا، و على ذلك فإن كان الحاكم الآخر وكيلا فى إجراء الحد من الحاكم الذى ثبت عنده موجبه، و إلّا فاستيفاء الحد اعتمادا على ثبوت الموضوع عند حاكم آخر لا دليل عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۶۹

و أمّا الثانى و هو إثبات دعوى المدّعى، فإن حضر الشاهدان الدعوى و إقامة الشهادة و الحكم بما شهدا به و أشهدهما على نفسه بالحكم و شهدا بذلك عند الآخر قبلها و أنفذ الحكم، و لو لم يحضرا الواقعة و أشهدهما بما صورته: ان فلان بن فلان الفلانى ادّعى على فلان بن فلان الفلانى كذا و شهد له بدعواه فلان و فلان و يذكر عدالتهما أو تزكيتهما فحكمت أو أمضيت ففى الحكم به تردّد، مع أنّ القبول أرجح خصوصا مع إحضار الكتاب المتضمن للدعوى و شهادة الشهود، أمّا لو أخبر حاكما آخر بأنّه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى و ليس كذلك لو قال حكمت فإنّ فيه تردّدا.

و صورة الإنهاء أن يقصّ الشاهدان ما شاهداه من الواقعة و ما سمعاه من لفظ الحاكم و يقولا: و أشهدنا على نفسه أنّه حكم بذلك و أمضاه و لو أحالا على الكتاب بعد قراءته فقالا أشهدنا الحاكم فلان على نفسه انّه حكم بذلك جاز.

و لا بدّ من ضبط الشيء المشهود به بما يرفع الجهالة عنه و لو اشتبه على الثانى أوقف الحكم حتى يوضحه المدعى و لو تغيّرت حال الأوّل بموت أو عزل لم يقدح ذلك فى العمل بحكمه، و إن تغيّرت بفسق لم يعمل بحكمه و يقرّ ما سبق إنفاذه على زمان فسقه و لا أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بل كلّ من قامت عنده البيّنة بأن الأوّل حكم به و أشهدهم به عمل بها إذ اللازم لكلّ حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام.

منها: ما ذكر من صورة الإنهاء أن يخبر الشاهدان بما شهداه من الواقعة و ما سمعا من الحاكم و يقولان أشهدنا الحاكم الفلانى، و لو

أحالا الحاكم الثانى على الكتابة و بعد قرائته الحاكم الثانى الكتاب لهما قالا أشهدنا الحاكم الفلانى بأنّه قد ذكر ما فى الكتاب كفى فى الإنهاء.

أقول: قد تقدم صدق الشهادة بحكم الحاكم الأوّل فيما إذا لم يشهدا المرافعة قبل الحكم، و لا الحكم، بل إذا استمعا للمرافعة و الحكم جاز شهادتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۰

[مسائل ثلاث]

اشارة

مسائل ثلاث:

[الأولى: إذا أقرّ المحكوم عليه انّه هو المشهود عليه الزم]

الأولى: إذا أقرّ المحكوم عليه انّه هو المشهود عليه الزم (۱) و لو أنكر و كانت الشهادة بوصف يحتمل الاتفاق عليه غالبا فالقول قوله مع يمينه ما لم يقم المدعى البينة و إن كان الوصف مما يتعذر اتفاقه إلّا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره لأنّه خلاف الظاهر.

---

(۱) لو شهد شاهدا الحكم بأنّ الحاكم قد أجرى الحكم على هذا المعين خارجا فلا إشكال، أمّا إذا شهدا أنّه أجرى الحكم على العنوان بأن قالا انّه حكم بالألف على أحمد بن محمد بن جعفر فإن اعترف الشخص بأنّه المحكوم عليه الزم بالحق عملا باعترافه.

أمّا إذا أنكر المحكوم عليه و لم تكن شهادة الشاهدين بالحكم على عينه، كما هو الفرض، و كان العنوان ممّا يحتمل عادة اتفاق غير واحد فيه فلا ينبغى التأمّل فى أنّ القول قول المنكر مع يمينه ما لم يقم المدعى بينة بأنّه المراد من العنوان أو أحرز ذلك الحاكم الثانى من طريق آخر، و إذا اعترف بأنّه المراد من العنوان المذكور فى الحكم و لكن لم يعترف بالحق عليه فقد قيل لم يلزم، لأنّ القضاء على عنوان يغلب فيه الاشتراك قضاء مبهم محكوم بالفساد فلا يلزم المعترف بأنّه المراد من العنوان ما لم يعترف بالحق عليه ليؤخذ بإقراره بالحق عليه و لعل هذا خلاف ظاهر إطلاق الماتن- قدّس سرّه- و صريح الدروس، كما هو الأظهر، فإنّ الحكم المزبور نافذ مع اعتراف الشخص بأنّه المراد من العنوان أو ثبوت ذلك بطريق آخر لصدق القضاء و الحكم عليه و إنكاره الحق بعد اعترافه بالقضاء عليه بذلك الحق لا يفيد له شيئا.

أمّا إذا لم يكن العنوان المذكور على المحكوم عليه ممّا يتفق فيه غيره إلّا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره و يلزم بالحق الذى قضى به عليه الحاكم الأوّل أخذا بظاهر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۱

و لو ادعى أنّ فى البلد مساويا له فى الاسم و النسب كلّف إبانته فى إثباته فإن كان المساوى حيّا سئل فإن اعترف أنّه الغريم الزم و أطلق الأوّل و إن أنكر وقف الحكم حتّى يتبيّن، و إن كان المساوى ميّتا و هناك دلالة تشهد بالبراءة امّا لأنّ

العنوان، و هل يحتاج فى إلزامه بالحق إلى حلف المدعى على أنّه المحكوم عليه دون غيره أو لا يحتاج إليه الأوفق بقاعدة اليمين على المنكر مع عدم البينة للمدعى هو الحلف، لأنّ من له الحق لموافقة قوله الظاهر يكون منكرا بالإضافة إلى دعوى الغريم بأنّ المراد بالعنوان ليس هو بل غيره، اللهمّ إلّا أن يقال بانصراف ما دل على تلك القاعدة عن مثل هذا المورد من الخلاف، و أنّه كما يؤخذ

بظاهر كلام القاضى فى غير ناحيةُ المدعى عليه كذلك يؤخذ به فى ناحيةُ المدعى عليه.

نعم إذا كـان العنوان المحكوم عليه ممّا لا يقع فيه الاشتراك إلّا نادرا، و ادعى المعنون بـذلك العنوان مع عـدم اعترافه بالحق عليه و لا بكونه هو المراد فى حكم الحاكم أنّ فى البلـد شـخصا آخر معنون بـذلك العنوان أيضا فقـد ذكر الماتن- قـدّس سـرّه- انّه يكلّف أن يعنين ذلـك الشـخص المساوى له فى العنوان فـإنّ عيّنه و اعترف ذلـك المسـاوى بأنّه المراد من العنوان فى حكم الحاكم الأوّل ألزم بالحق و أطلق الأوّل. و إن أنكر انّه المراد من العنوان المحكوم عليه يوقف فى الحكم الصادر عن الأوّل حتى يتعيّن المحكوم عليه.

و قد ناقش فى الجواهر فى كلا الفرضـين، أمّا فى الأوّل فلأنّ المحكوم له ادعى الحق على الأوّل، فمع عدم سقوط هذه الدعوى كيف يطلق من قبـل الحـاكم الثـانى. و فى الثـانى بـأنّه كيف يوقف الحكم مع كون الـدعوى على المعنونين بالعنوان، كما إذا كان المـدعى وارث صاحب الحق و قلنا بجواز هـذه الـدعوى و عدم جواز ردّ الحلف فيه على المدعى، فإنّه فى الفرض إن حلفا على النفى فهو و إلّا ألزما بالحق.

أقول: يمكن أن تكون المرافعةُ عند الحاكم الأوّل من صاحب الحق و غريمه،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۲

الغريم لم يعاصر و إمّا لأنّ تاريخ الحق متأخر عن موته ألزم الأول و إن احتمل وقف الحكم حتّى يتبيّن.

[الثانية: للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم حتى يشهد القابض]

الثانيةُ: للمشـهود عليه أن يمتنع من التسـليم حتى يشهد القابض (۱) و لو لم يكن عليه بالحق شاهـد، قيل لا يلزم الاشـهاد و لو قيل يلزم كان حسنا، حسما لمادةُ المنازعةُ أو كراهيةُ لتوجه اليمين.

و قـد ذكر الحـاكم الأـوّل عنـد شاهـدى الحكم عنوانه، ثمّ إنّ وارث صـاحب الحق رفع الواقعـةُ إلى الحـاكم الثانى طلبا لا نفاذ الحكم الصادر عن الحاكم الأوّل و لظهور العنوان فيمن عينه أحضـره عند الحاكم الثانى، و إذا ذكر الحاضر للحاكم الثانى إنّ فى البلد من هو مسـاو لهـذا العنوان و أحضـره الحـاكم و اعترف بـأنّه هو المراد من المحكوم عليه فى قضـاء الحـاكم الأوّل يطلق الحاكم الأوّل و يلزم الثانى لاعترافه بالقضاء عليه، و لو لم يعترف الثانى بالقضاء عليه يتعيّن إيقاف دعوى الوارث لما يأتى انّ من شرط سماع الدعوى تعيين المدعى عليه بلا فرق بين دعوى الوارث أو غيره.

و مـا ذكر المـاتن- قـدّس سـرّه- من تكليف الحاضـر الأـوّل المنكر للقضاء عليه بإبانـةُ المساوى، فوجوبها عليه شـرطى لغرض إسـقاط الدعوى عليه أو إبطالها.

(۱) قيل: إنّ المشـهود عليه فى عين أو دين له الامتناع عن تسـليم تلك العين أو الوفاء بالـدين، حتى يتمّ الاشـهاد بالقبض، فإنّ وجوب التسليم قبل الاشهاد ضرر عليه و إذا كان المشهود به عينا، فهل يضمن تلك العين زمان جواز الامتناع عن التسليم؟ فيه وجهان.

أقول: فى الإمساك حتى يتم الاشـهاد فيه أيضا ضرر على المالك، و قد يقال إنّ جواز الامتناع فيما كان عليه بالحق شاهد و أمّا إذا لم يكن فلا ملزم لإلزام القابض بالإشهاد، لأنّ المشهود عليه يمكنه إنكار أصل الحق فيما لو عاد القابض إلى الدعوى عليه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۳

[الثالثة: لا يجب على المدعى دفع الحجّة مع الوفاء]

الثالثـةُ: لا يجب على المـدعى دفع الحجّـةُ مع الوفاء لأنّها حجـةُ له (۱) لو خرج المقبوض مستحقّا، و كـذا القول فى البـائع إذا التمس المشترى كتاب الأصل لأنّه حجّةُ له على البائع الأوّل بالثمن لو خرج المبيع مستحقا.

و ذكر الماتن- قدّس سرّه-: انّ القول بجواز إلزام القابض بالإشهاد مطلقا حسن، حسما لمادة المنازعة و كراهة توجه اليمين.

أقول: كراهية توجه اليمين لا يوجب ردع اليد عمّا دلّ على عدم جواز التأخير فى أداء الدين مع التمكن عليه أو وجوب ردّ المال على صاحبه مع عدم رضاه بالإمساك، و حسم مادة المنازعة لا يكون أيضا موجبا لذلك، خصوصا مع إمكان عود المنازعة بموت شاهد القبض.

نعم، لا يبعد أن يقال: إنّ فى الموارد التى يمكن أن يكون القبض فيها فى معرض الإنكار، و معه يخسر دافع العين و الدين يكون الواجب الرد أو الأداء المتعارف كان بالإشهاد أو غيره.

(۱) لا يجب على الدائن الحجة للدين إلى المديون مع وفائه الدين، لأنّ الحجة ملك الدائن «و الناس مسلطون على أموالهم»، و ربّما يظهر أنّ ما دفع إلى الدائن وفاء ملكا للغير، فيؤخذ من الدائن، فيفيد الدائن الحجة المزبورة.

و كذلك الحال فيما إذا اشترى المتاع من بايعه، و أخذ من البائع كتاب البيع، ثم باع المشترى المتاع من آخر فطالب المشترى الثانى بائعه أى المشترى الأوّل بدفع كتاب الأصل فلا يجب عليه الدفع، لأنّ الكتاب ملكه و يفيده لو ظهر المتاع مستحقا للغير، حيث يأخذ به البائع الأوّل بالثمن المدفوع إليه. نعم لو طالب المدين الدائن بإعطاء الحجة لقبضه الدين عليه و المشترى الثانى كتاب البيع الثانى و كان اشتراط دفعهما أمرا ارتكازيا فى الدين و البيع أو غيرهما من المعاملات لزم العمل به.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۴

[الفصل الثانى فى لواحق من أحكام القسمة و النظر فى القاسم و المقسوم و الكيفية و اللواحق]

اشارة

الفصل الثانى فى لواحق من أحكام القسمة و النظر فى القاسم و المقسوم و الكيفية و اللواحق

[أمّا الأوّل: فى القاسم]

أمّا الأوّل: فيستحب للإمام أن ينصب قاسما كما كان لعلى- عليه السلام- و يشترط فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و المعرفة بالحساب (۱) و لا يشترط الحرية و لو تراضى

(۱) يقع الكلام فى لواحق مباحث القضاء من القسمة و أحكامها، و الوجه فى لحوقها بمباحث القضاء ما يقال بمناسبة القضاء القسمة، حيث إنّ الحاكم لا يستغنى عن القسام لما يتفق عليه فى موارد المخاصمة قسمة المال المشترك.

و على كلّ يقع الكلام فى هذا الفصل من كتاب القضاء فى القاسم و الأمور المعتبرة فيه و المال الذى تتعلق به القسمة المعبّر عنه بالمقسوم و كيفية القسمة و فى بعض لواحقها، أى بعض الأمور التى قد تقع بعد القسمة.

و قد تكلّم أكثر الأصحاب فى القسمة فى أواخر مباحث الشركة و عرّفوها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۵

الخصمان بقاسم لم تشترط العدالة، و فى التراضى بقسمة الكافر نظر أقربه الجواز

بأنّها تمييز حق الشركاء و الأولى تعريفها بأنّها تعيين حصة الشركاء فى بعض المال المشترك خارجا، و الوجه فى الأولوية ظهور التمييز فى أنّ للحق واقعا معيّنا يتميّز بالقسمة، مع أنّه لا يكون فى موارد الشركة بنحو الإشاعة واقع معيّن.

ثمّ إنّ القسمة عقد مفاده تعيين الحصص فى البعض المعيّن من المال المشترك، و انّ المنشأ ابتداء هذا التعيين، و لا تدخل فى البيع، بأن يقال كما هو المنسوب إلى بعض أنّ القسمة مبادلة حصة الآخرين فى بعض المال المشترك بحصّته فى البعض الآخر من ذلك المال، و يلزم على ذلك أن يترتب على القسمة ما يترتب على البيع و المعاوضة من ثبوت خيار المجلس و حرمة الربا فيما كان العوضان من جنس واحد مكيلا- أو موزونا بخلاف ما ذكرنا من أنّها فى حقيقتها تعيين الحصص فى الأبعاض الخارجية من المال المشترك.

نعم التعاوض لازم القسمة لا أنّ مفادها المعاوضة، و يكفى فى مشروعية القسمة و لزومها بعد ما عليها سيرة العقلاء و بناءهم فى المال المشترك قوله عزّ من قائل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «۱»، حيث إنّ المراد بالعقد العهد و الالتزام و لو بنحو المشدود.

كما يدل على مشروعيتها و لو فى الجملة قوله سبحانه وَ إِذا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبى لو لم نقل بدلالته على المشروعية فى كل مال مشترك.

نعم قوله سبحانه وَ نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْماءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ غايته دلالته على قبول الماء بنحو من القسمة، كما أنّ مثل النبوى الوارد فى الشفعة فإذا وقعت أو حددت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعة مقتضاه مشروعيتها فى الأراضى المشتركة.

---

(۱) المائدة: ۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۶

كما لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم.

و ذكر الماتن- قدّس سرّه- إنّ الإمام يستحب له أن ينصب قاسما، كما كان القاسم لعلى- عليه السلام-، و قيل إنّ اسمه عبد اللّه بن يحيى و انّ الظاهر هو الحضرمى الذى قال له- عليه السلام- يوم الجمل: «فإنّك و أباك من شرطة الخميس و أبشر بالجنّة».

و يقال فى وجه استحبابه أنّ نصبه من مصالح المسلمين، و لذا يعطى الأجرة من بيت المال المصروفة على مصالحهم، و أنّه يعتبر فيه البلوغ و كمال العقل و الإيمان و العدالة و معرفة الحساب و اعتبار معرفته بالحساب ظاهر، لأنّ القسمة تتوقف على تعديل السهام و اعتبار عدالته لأنّ نصبه قساما من إعطاء الولاية و لزوم قبول قوله و الفاسق لا يستحقها و لا يقبل قوله، و الحرية غير معتبرة فى إعطائها، نعم يعتبر اذن مولاه و رضاه بتصدّيه لها.

أقول: كون نصب القسام من إعطاء الولاية بأن تكون القاسمية للأموال المشتركة من المناصب لا من قبيل التوكيل أو الاستيجار غير ظاهر، و كون القاسم لعلى- عليه السلام- لم يثبت أنّه كان بنحو نصب القاضى و لم يكن بنحو التوكيل أو الاستيجار، و لو شك فى كونهما منصبا فالأصل عدمه.

و الحاصل يجوز للحاكم استيجار شخص أو توكيله لقسمة المال المشترك فيما إذا طلبوها من الحاكم أو أمر بها الحاكم، كما فى صورة امتناع بعض الشركاء عن القسمة، و لذا يجوز للشركاء توكيل غير ذلك القاسم فى القسمة، لأنّ الولاية فى القسمة للشركاء، فإنّهم ملاك المال المشترك و القسمة تصرّف فى المال المشترك نعم إذا امتنع بعض الشركاء عن القسمة أجبره الحاكم عليها و لو لم يمتثل يتصدى بقسمته و لو بالتوكيل لولايته على الممتنع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۷۷

و المنصوب من قبل الإمام تمضى قسمته بنفس القرعة (١) و لا يشترط رضاهما بعدها و فى غيره يقف اللزوم على الرضا بعد القرعة و فى هذا اشكال من حيث أنّ

و لاـ تعتبر العدالـة فى الوكيـل، كمـا لاـ يعتبر فيه الإيمان و الإسـلام، و التوكيل فى المقام لا يزيـد عليه فى سائر المقامات، نعم توكيل الحاكم شـخصا ينبغى أن يكون بتلك الصفات تحفظا على كرامة المقام. و على ذلك فيمكن للشركاء إيكال أمر القسمة إلى غير بالغ و لا يقدح فى ذلك عدم صـحة عقد الصبى، لأنّ قسـمة الصبى بإذن الشـركاء و أمره بها تدخل فى عقد الشـركاء فيعمّها قوله سـبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

(١) ذكر جماعـة من الأصـحاب كالماتن- قـدّس سرّه- إنّه إذا كانت القسـمة من قاسم نصـبه الإمام تمضـى قسـمته بنفس القرعة التى أجراها القاسم فلا يجوز للشـركاء الامتناع عن القسـمة الحاصـلة بها، بخلاف ما إذا كانت القسـمة بقرعـة الوكيل عن الشـركاء أو بفعل الشـركاء، فإنّه يعتبر رضاهم بالقسـمة بعـد القرعة و ناقش الماتن- قدّس سـرّه- فى هذه التفرقة بأنّ رضا الشـركاء بالقسـمة حال القرعة يوجب تحقق القسمة و القرعة التى وسيلة إلى تعيين سهامهم أجريت برضاهم.

و قد يقال فى وجه التفرقة، بأنّ قرعة المنصوب من قبل الإمام بمنزلة حكمه فتكون نافذة بخلاف القرعة من غيره، فإنّ مقتضـى الأصـل بقاء الشركة فى المال إلى أن يحصل اليقين بارتفاعها، و هو يحصل برضاهم بالقسمة حتى بعد القرعة.

أقول: قـد تقـدم أنّ القسـمة من العقود عنـد العقلاـء، فمع تحققهـا بالقرعـة برضاء الشـركاء التى من قبيل إنشاء المعاملـة بالفعل يحكم بنفوذها، أخذا بالعموم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٨

القرعة وسيلة إلى تعيين الحقّ و قد قارنها الرضا.

فى قوله سبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١»، يعنى العهود، و لا تصل النوبة إلى الأصل العملى. و مع قطع النظر عن ذلك فلا تكون قرعة القاسـم المنصوب من قبل الإمام إلّا كالقرعة من الوكيل للشـركاء، فإن كان فعل الوكيل بعد تحققه لازما لزمت القسمة فى كلا الفرضين، و إلّا فلا، و ما دلّ على نفوذ القضاء و عدم جواز نقضه لا يعم القسمة، فإنّ القسمة هى التى يجبر الحاكم الممتنع من الشركاء عليها.

ثمّ إنّ مقتضـى عموم قوله سـبحانه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ نفوذ القسـمة بالتراضى القولى من الشركاء فى تعيين حصصهم من غير قرعة و الالتزام باعتبار القرعة فى حصول القسـمة بلا موجب، سواء أريد من الاشتراط الشـرط الخارجى أم ما ذكر كصاحب الجواهر من كونها شـرطا داخليا للقسـمة، بحيث لا يصدق عنوان القسـمة بدونها، و لكن شـىء من الأمرين غير ثابت، بل الأظهر عدم اعتبارها فى القسـمة، و لم يرد فى شىء من اخبار القرعة أنّها معينة فى قسمة المال المشترك.

بل قيل فى الأخبار ما يكون ظاهرا فى حصول القسـمة بـدونها، كالتى وردت فى قسـمة الـدين المشترك كموثقة غياث عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام-:

«عن رجلين بينهما مال بأيديهما و منه غائب فاقتسما الذى بأيديهما و أحال كل واحد منهما نصيبه فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر» الحديث، و لكن فى ظهورها فى قسـمة ما بأيديهما بالقرعة أو بلا قرعة تأمّل، بل منع، حيث إنّها واردة فى السؤال عن حكم آخر و هو قسمة مال الغائب يعنى الدين كما لا يخفى.

---

(١) المائدة: ١.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٧٩

و يجرى القاسم الواحد إذا لم يكن فى القسمة ردّ (۱)، و لا ـ بدّ من اثنين فى قسمة الرد لأنّها تتضمن تقويما فلا ينفرد به الواحد و يسقط اعتبار الثانى مع رضا الشريك

---

(۱) ذكر الماتن– قدّس سرّه– كجماعة أنّه لا يعتبر فى القاسم التعدّد إلّا فى قسمة الردّ، و علّل اعتبار التعدد فى قسمة الرد بأنّها تتضمّن التقويم و يعتبر فى المقوم الداخل قوله فى الشهادة التعدّد و أردفه بقوله و لو رضى الشريكان بتقسيم واحد كفى، و لا يحتاج إلى ضم الآخر حيث انّ الحق لهما.

أقول: قد ذكرنا فى بحث أرش العيب من الخيارات أنّ الرجوع إلى المقوم فيما كان الرجوع إليه من الرجوع إلى أهل الخبرة لا يعتبر فيه التعدد، لاعتبار قول أهل الخبرة مع عدم المعارضة بمثله، و هذا ممّا جرت عليه سيرة العقلاء، فيكون قوله نظير اعتبار خبر الثقة فى الأحكام، حيث إنّ مع السيرة على اعتباره علما لا يعمّه مثل قوله سبحانه لا تَقْفُ ما لَيسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ «۱» و مع السيرة أيضا على اعتبار قول أهل الخبرة فى الموضوعات لا يمنع عنها ما فى رواية مصدق بن صدقة:

«الأشياء كلّها على ذلك إلّا أن يستبين غير هذا أو تقوم به البينة» كما أنّها لا تمنع عن اعتبار قول ذى اليد و غيره ممّا يلتزم باعتباره فى الموضوعات.

و على ذلك ينحصر اعتبار التعدد فى القاسم على موارد دخول التقويم فى الشهادة، كما إذا لم يكن تعيين المال من أى جنس أو ماليته بأى مقدار محتاجا إلى الحدس من أهله.

و ثانيا: إنّ القسمة لا تتضمن التقويم، بل تتوقف عليه فى غير قسمة الافراز، فلا يعتبر التعدّد فى القاسم، بل يعتبر فى المقوّم، و لو قوّم المال اثنان و قسّمه واحد حصلت القسمة.

---

(۱) الإسراء: ۳۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۰

و اجرة القسّام من بيت المال (۱) فإن لم يكن إمام أو كان و لا سعة فى بيت المال كانت أجرته على المتقاسمين.

و ثالثا: انّ القسمة تضمّنها أو توقفها على التقوم لا ينحصر على قسمة الردّ، بل تعمّ قسمة التعديل أيضا، فلا وجه لتخصيص التضمن بقسمة الردّ إلّا أن يراد بها ما تعمّ قسمة التعديل بأن كان المراد غير قسمة الافراز و لكن هذا الإطلاق غير معروف و على الجملة قد تقدم سابقا أنّ إيكال القسمة إلى شخص الاذن له فى إنشاء القسمة كان المأذون أو الأجير واحدا أو متعددا.

(۱) إذا طلب الشركاء القسمة من الحاكم فلا ـ يبعد أن يقال بان ضمان أجرة القاسم عليهم إلّا أن يرى الحاكم فى إعطائها من بيت المال صلاحا، كما فى موارد الإجبار على القسمة بعضا أو كلّا، و قد قيد بعضهم كون الأجرة من بيت المال بما إذا لم يكن القاسم ممّن يرتزق من بيت المال، و إلّا فلا يستحق أجرة على عمله مع أمر الحاكم بالقسمة و لعلّه لظهور أمره فى طلبها مجانا.

و ما قيل فى الفرق بين الارتزاق من بيت المال و أخذ الأجرة على العمل منها من أنّ أخذ الأجرة تكون فى موارد اختصاص منفعة عمل العامل بالغير، كما فى المقام بخلاف الارتزاق، فإنّ منفعة عمله لا تختص بالغير بل يعمّ نفسه أيضا كالمؤذن حيث ينتفع هو و غيره من أذانه لا ـ يخفى ما فيه، فإنّه يجرى الارتزاق من بيت المال فيما إذا كان المنتفع بعمله غيره، و لكن الشارع شرع العمل مجانا كالتصدى لتغسيل الموتى و دفنهم، بل كالمتصدى للقضاء على ما تقدم.

ثم إنّه إذا استأجره الشركاء على القسمة بإجارة واحدة أو أمروه بالقسمة و لو بأن استأجره واحد من الشركاء عن نفسه أصالة و عن سائر الشركاء وكالة أو أمره بالقسمة كذلك فلا ينبغى التأمّل فى أنّ الأجرة على جميع الشركاء بحسب سهامهم، إلّا مع بنائهم كون

الأجرة على الرؤوس لا بحسب السهام، حيث إنّ مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۱

فإن استأجره كلّ واحد منهما بأجرة معيّنة فلا بحث و إن استأجروه فى عقد واحد و لم يعيّنوا نصيب كلّ واحد من الأجرة لزمهم الأجرة بالحصص و كذا لو لم يقدّروا اجرة كان له اجرة المثل عليهم بالحصص لا بالسوية.

عدم بنائهم كذلك ظاهر أمر المتعدد واحدا بالقسمة هو ضمان الأجرة بحسب السهام، و لعلّ وجه الظهور انّ العمل لصاحب السهم الزائد أكثر و أنّه لو كانت القسمة على الرؤوس فربّما لا يبقى على بعض الشركاء من المال المشترك شيء، كما إذا كانت السهام كثيرة مختلفة بالزيادة و النقيصة باختلاف فاحش، بحيث يذهب السهم الأدنى بأجرة القسمة على تقدير كونها على الرؤوس.

نعم إذا استأجره أحد الشريكين على تعيين حصته من حصة صاحبه يستشكل فى جواز أن يؤجر نفسه ثانيا على تعيين حصة الآخر، حيث إنّ العمل بالإجارة الأولية الواجبة عليه على الفرض يتوقف على تعيين حصة الشريك الآخر فلا يجوز له أخذ الأجرة عليه، فإنّه من أخذ الأجرة على الواجب، و يجرى هذا الاشكال فيما إذا كان المال مشتركا بين ثلاثة، فإنّه إذا استأجره اثنان منهم على تعيين حصتهما فلا يجوز له الإيجار من ثالث.

أقول: لا- يبعد أن يلتزم ببطلان الإجارة الثانية لا- لأنّ الواجب لا يجوز أخذ الأجرة عليه، فإنّه قد ذكرنا فى بحث أخذ الأجرة على الواجبات أنّ مجرد وجوب الفعل ما لم يكن إيجابه عليه بنحو المجانية لا يمنع عن أخذ الأجرة عليه، أضف إلى ذلك أنّ تعيين حصة المستأجر يلازم تعيين حصة الآخر، لا أنّ تعيين حصة الآخر مقدمة للعمل المستأجر عليه.

بل لأنّ أخذ الأجرة على تعيين الحصة للشريك الآخر بعد الاستئجار على تعيين حصة الشريك الأوّل من أكل المال بالباطل عرفا، حيث إنّ الإتيان بالعمل المستأجر عليه يلازم ذلك التعيين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۲

[الثانى فى المقسوم]

الثانى فى المقسوم:

هو امّا متساوى الأجزاء كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان أو متفاوتها كالأشجار و العقار.

فالأوّل: يجبر الممتنع (۱) مع مطالبة الشريك بالقسمة لأنّ الإنسان له ولاية

---

(۱) إذا كان المال المشترك متساوى الأجزاء بأن كان مثليا فيجبر الممتنع عن القسمة عليها عند مطالبة سائر الشركاء القسمة بلا خلاف، بل عليه الاتفاق، و أضاف فى الجواهر إلى ذكر الاتفاق قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر فى الإيصال، كما هو الفرض فى قسمة الإجبار المفروض فى المقام، و ذكر الماتن- قدّس سرّه- بأنّ الإنسان له ولاية الانتفاع بماله و الانفراد به أكمل نفعا.

أقول: أمّا دعوى الإجماع فعلى تقديره مدركى، و لا أقل من احتمال كون المدرك له ما ذكر فى قاعدتين و غيرهما.

و أمّا القاعدتان فشيء منهما غير تام، لأنّ حق الشريك هو الحصة من المال بنحو الإشاعة، لا بنحو المعين، و صيرورتها معينا يتوقف على القسمة، و القسمة نوع عقد مشروع من الشركاء يكون بالتراضى، و يحكم بالبطلان مع الإكراه عليهم أو على بعضهم، كما هو مقتضى رفع الإكراه فى سائر العقود و المعاملات.

و أمّا دعوى جواز الإجبار عليه لكون الانفراد أكمل نفعا فهى تشبيه دعوى جواز الإجبار على البيع فيما كان الثمن أكمل نفعا للبائع، و العمدة فى المقام جريان السيرة العقلائية على أنّ لكل من الشركاء حق إفراز ماله عن الآخرين و لو مع الإجبار فيما لم يكن ضرر فى القسمة على سائر الشركاء. و الضرر كما يأتى نقص مالية الحصة مع خروجها عن الإشاعة إلى التعيين و كذلك فيما كان الشىء غير قابل للقسمة الخارجية فإنّها جارية على قسمة ماليته و لو بالبيع و تقسيم ثمنه إذا لم يقدم أحد الشريكين على شراء حصة صاحبه، و فى صورة الضرر و لو لبعض

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨٣

الانتفاع بما له و الانفراد أكمل نفعا، و يقسم كيلا و وزنا متساويا أو متفاضلا ربويا كان أو غيره لأنّ القسمة تمييز حقّ لا بيع (١).

الشركاء السيرة غير محرزة، و احتمال جواز الإجبار مدفوع بما تقدم من اعتبار التراضى فى العقد و عدم إمضائه مع الإكراه عليه.

و ذكر فى الجواهر فى المقام أنّه لا فرق فى المال المشترك المفروض كونه مثليا بين الجامد و المائع، و فى المائع بين كونه ممّا مسّته النار للعقد أى الثخونة كالعصير يمسّه النار ليصير دبسا أو ربّا، أو مسته للتصفية كالعسل و السمن، خلافا لبعض العامّة، حيث منعوا القسمة فى الثانى حتى مع عدم التفاضل، لأنّه لا يجوز بيع المائع المزبور بعضه ببعض و لو مع المماثلة و القسمة داخلة فى البيع، و عن كشف اللثام مثل ذلك، و قال بعده أنّ هذه خرافة فى خرافة، حيث إنّ الالتزام بعدم جواز معاوضة مائع مسته النار بمثله خرافة. و الالتزام بكون القسمة بيعا خرافة أخرى.

(١) ذكر- قدّس سرّه- أنّ المثلى يقسم بين الشركاء على حساب الحصص بالكيل و الوزن متساويا أو متفاضلا، كما إذا كان المال المشترك صبرتين من الحنطة إحداهما جيّدة و الأخرى رديّة، بحيث تساوى قيمة الجيدة ضعف قيمة الردية، فإنّه يجوز لأحد الشريكين أن يعيّن حصته فى الردية، بحيث يكون مقدار سهمه خارجا ضعف السهم لشريكك الآخر بحسب الكيل و الوزن، و حيث إنّ القسمة ليست بيعا جاز ذلك و أيضا بما أنّ القسمة ليست بيعا فيجوز أن يوضع بعض المال فى إحدى كفتى الميزان و البعض الآخر فى كفّته الأخرى حتى تتعادلا من غير علم بوزن كل منهما.

ثمّ إنّ احتمال كون المراد من متفاضلا أن يأخذ أحد الشريكين زائدا على حصّته و لو بهبة الآخر الزائد ضعيف غايته، لأنّ الهبة لا تدخل فى عنوان القسمة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٢٨۴

و الثانى: إمّا أن يستضرّ الكلّ أو البعض أو لا يستضرّ أحدهم، و فى الأوّل لا يجبر الممتنع (١) كالجواهر و العضائد الضيّقة، و فى الثانى إن التمس المستضرّ اجبر من لا يتضرر و إن امتنع المتضرر لم يجبر و يتحقّق الضرر المانع من الإجبار بعدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة و قيل بنقصان القيمة و هو أشبه و للشيخ قولان.

---

(١) إذا كان المال المشترك مختلفا فى أجزائه، و لو بحسب القيمة، فإنّ تضرّر كلّ من الشريكين بالقسمة فلا يجبر أحدهما عليه و لو طلبها الآخر، بل تصح قسمتها مع تراضيهما فقط، و كذا فيما إذا تضرّر أحد الشريكين فإنّه لا يجبر المتضرر لو طلبها الآخر. نعم لو رضى به المتضرر و طلبها وجبة على الآخر الإجابة و ليس المراد بالضرر سقوط الحصة عن الانتفاع بعد التعيين، بل يعم النقص فى ماليتها كما هو المعهود من الضرر فى الأموال.

و يستدل على عدم وجوب الإجابة و عدم جواز الإجبار فى الصورتين بقاعدة نفى الضرر، و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّه لم يرد فى وجوب الإجابة على طلب القسمة من أحد الشريكين و جواز الإجبار عليها خطاب خاص أو عام لتكون قاعدة نفى الضرر حاكما على إطلاق ذلك الخطاب أو عمومه بالإضافة إلى صورة الضرر، بل ذكرنا أنّ مقتضى حديث رفع الإكراه أو عدم حلّ مال الغير إلّا بطيبة

نفسه و انّ حرمة مال المسلم کحرمة دمه عدم مشروعیة القسمة الإجباریة، غایة الأمر یرفع عن ذلک فی صورة عدم الضرر فی القسمة أو مطالبته المتضرر للسیرة العقلائیة الثابتة فی المال المشترک من وجوب الإجابة و جواز الإجبار علیها، و أمّا مع الضرر علی کلّ منهما أو طلب غیر المتضرر فلا موجب لجواز الإجبار.

ثمّ إنّ المشهور إنّ القسمة إنّما یعتبر فی وجوب الإجبار علیها مع عدم الضرر أو مع مطالبة المتضرر إذا کانت تعدیلیة لا تتضمن رد المال من أحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۵

ثمّ المقسوم إن لم یکن فیه ردّ و لا ضرر اجبر الممتنع و یسمّی قسمة إجبار و إن تضمنت أحدهما لم یجبر و یسمّی قسمة تراض، و یقسم الثوب الذی لا ینقص قیمته بالقطع کما یقسم الأرض و إن کان ینقص قیمته بالقطع لم یقسم لحصول الضرر بالقسمة، و یقسم الثیاب و العبید بعد التعدیل بالقیمة قسمة إجبار، و إذا سألا الحاکم القسمة و لهما بینة بالملک قسّم و إن کان یدهما علیه و لا منازع لهما قال الشیخ فی المبسوط لا یقسم و قال فی الخلاف یقسم و هو الأشبه لأنّ التصرّف دلالة الملک (۱).

الشریکین، أمّا إذا کانت متضمّنة لردّ المال من أحدهما فلا یجبر علیها حتی مع عدم الضرر و یعتبر فیها تراضی الشریکین مطلقا، و یستدل علی عدم جواز الإجبار فی القسمة الردیة بأنّها تتضمن المعاوضة و تملیک المال فیعتبر فیها التراضی.

و لکن لا یخفی عدم الفرق بین القسمة الافرازیة و التعدیلیة و القسمة الردیة فی أنّ القسمة حقیقتها أمر واحد فی جمیعها، و هی تعیین الحصة خارجا، فالمعاوضة غیر منشأة لیعتبر فیها التراضی، بل قهریة تبعیة یعبّر عنها بالتعاوض، و مقتضی السیرة المشار إلیها عدم الفرق فی الحکم بین الأقسام مع عدم الضرر، کما إذا کانت لهما داران ضیقتان علی نحو الإشاعة و تکون قیمة إحداهما ألفین و قیمة الأخری ألفا و خمسمائة فیضاف إلی الأدنی خمسمائة أخری، فیقرع بینهما فمن أصابته الدار الأدنی یأخذ من صاحبه مائتین و خمسین، و انّما تحتاج إلی القرعة مع عدم تراضیهما بدونها، و إذا لم تمکن هذه القسمة و لو لعدم المال تباع الداران، و یقسم ثمنهما بینهما کل ذلک بالسیرة المشار إلیها.

(۱) إذا سأل الشریکان الحاکم أو غیره قسمة المال المشترک بینهما فإن کان لهما بینة بملکهما ذلک المال قسمه بینهما، لأنّ البینة حجّة للقسمة التی قیل إنّها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۶

[الثالث: فی کیفیة القسمة بالحصص]

اشارة

الثالث: فی کیفیة القسمة بالحصص.

إن تساوت قدرا و قیمة فالقسمة بتعدیلها علی السهام (۱) لأنّه یتضمن القیمة کالدار یکون بین اثنین و قیمتها متساویة و عند التعدیل یکون القاسم مخیّرا بین الإخراج علی الأسماء و الإخراج علی السهام.

أمّا الأوّل فهو أن یکتب کلّ نصیب فی رقعة و یصف کلّ واحد بما یمیزه عن الآخر و یجعل ذلک مصونا فی ساتر کالشمع و الطین و یأمر من لم یطلع علی الصورة

بمنزلة الحکم فی فصل الخصومة و رفع الخلاف بخلاف ما إذا لم یکن لهما بینة بأن کان الطریق إلی مالکیتهما یدهما بالمال فإنّه

يذكر أنّه لا يقسّم لأنّ الحكم لا يجوز بغير البينة و القسمة بمنزلة الحكم و لاحتمال أن يحصل لهما منازع.

و فيه أنّ القسمة حتى من الحاكم لا- تكون حكما، بل هى تعيين الحصة من المال المشترك فى أبعاضه، و تحسب نوعا من المعاملة توجد بالمباشرة و التوكيل، و إذا ظهر أنّ المتقاسمين أو أحدهما لم يكن شريكا ينكشف بطلانها نظير انكشاف عدم الملك فى سائر المعاملات.

و لو ادعى أحد على المتقاسمين أو على أحدهما قبل القسمة أو بعدها تسمع دعواه هذا أوّلا و ثانيا لو فرض أنّ القسمة بمنزلة الحكم أو نوع منه فلا تجوز بالاستناد إلى قاعدة اليد، فلازم ذلك عدم جواز القسمة بالبينة بالملك أيضا، لأنّ الحكم يصح ببينة المدعى خاصة، و لا يكفى فيه مطلق البينة و بينة المتقاسمين فى الفرض غير داخل فى بينة المدعى، حيث إنّ يدهما على المال.

(۱) إذا كان سهم أحد الشريكين مساويا مع سهم الشريك الآخر من حيث المقدار و القيمة من المال المشترك على تقدير جعله حصتين كما فى الأرض المتساوية الأجزاء من حيث القدر و القيمة فإنّها إذا كانت مشتركة بين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۷

بإخراج أحدهما على اسم أحد المتقاسمين فما خرج فله.

و أمّا الثانى فهو أن يكتب كلّ اسم فى رقعة و يصونهما و يخرج على سهم من السهمين فمن خرج اسمه فله ذلك السهم.

و إن تساوت قدرا لا قيمة عدّلت السهام قيمة و الغى القدر حتى لو كان الثلثان بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث محاذيا للثلثين و كيفية القرعة عليه كما صورناه.

و إن تساوت الحصص قيمة لا قدرا مثل أن يكون لواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس و قيمة أجزاء ذلك الملك متساوية سوّيت السهام على أقلهم نصيبا فجعلت أسداسا ثم كم تكتب رقعة فيه تردد بين أن يكتب بعدد الشركاء أو بعدد السهام و الأقرب الاقتصار على عدد الشركاء لحصول المراد به فالزيادة كلفة.

اثنين بالمناصفة يجعلها القاسم نصفين، ثمّ يخرج القرعة باسم الشركاء أو السهام.

أمّا الأوّل يعنى إخراجها باسم الشركاء فيكتب كلا- من نصفى الأرض فى رقعة، بحيث يميّزه عن النصف الآخر، و يجعل كلا من الرقعتين بحيث لا- يمحو كتابتها فى ساتر من شمع أو طين أو نحوهما، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما بإخراج أحدهما باسم أحد الشريكين.

و أمّا الثانى أى إخراجها باسم السهام فيكتب اسم أحد الشريكين فى رقعة و اسم الشريك الآخر فى رقعة أخرى، و يجعل كلا منهما فى ساتر، كما تقدم، ثم يؤمر من لا يطلع على كتابتهما بإخراج إحداهما لأحد السهمين المعينين خارجا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۸

إذا عرفت هذا فإنّه يكتب ثلاث رقاع لكلّ اسم رقعة و يجعل للسهام أوّل و ثان و هكذا إلى الأخير و الخيار فى تعيين ذلك إلى المتقاسمين و لو تعاسروا عيّنه القاسم ثمّ يخرج رقعة فإن تضمنت اسم صاحب النصف فله الثلاثة الأول ثمّ يخرج ثانية فإن خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران و لا يحتاج إلى إخراج الثالثة بل لصاحبها ما بقى و كذا لو خرج اسم صاحب الثلث أوّلا كان له السهمان الأوّلان ثمّ يخرج أخرى فإن خرج صاحب النصف فله الثالث و الرابع و الخامس و لا يحتاج إلى إخراج أخرى لأنّ السادس تعيّن لصاحبها.

و هكذا لو خرج اسم صاحب السدس أوّلا- كان له السهم الأوّل ثمّ يخرج أخرى فإن كان صاحب الثلث كان له الثانى و الثالث و الباقى لصاحب النصف و لو خرج فى الثانية صاحب النصف كان له الثانى و الثالث و الرابع و بقى الآخران

أمّا إذا كانت السهام متساوية فى المقدار من المال المشترك، لكن المقدار المساوى للسهم منه لا يكون مساويا لمقدار السهم الآخر فى القيمة، مثل إذا كانت الأرض المشتركة بين الاثنين بالمناصفة مختلفة فى أجزائها بحسب القيمة، بحيث يساوى ثلثها من جانب ثلثى الباقى بحسب القيمة، و فى هذا الفرض تعدّل السهام بحسب القيمة لا المقدار، كما فى الصورة السابقة بأن يجعل ثلثها من ذلك الجانب سهما و ثلثيها الباقيين سهما آخر، ثم يخرج القرعة باسم الشريكين أو باسم السهام على ما تقدم.

و إذا كانت السهام مختلفة قدرا لا قيمة، كما إذا كانت الأرض المتساوية أجزائها بحسب القيمة مشتركة بين ثلاثة سهم أحدهم نصفها و سهم الثانى منهم ثلثها و سهم الثالث سدسها، و فى مثل ذلك يعدّل المال المشترك على أقل السهام بأن تجعل الأرض المفروضة ستة أسهم خارجية، و يعيّن لابتداء السهام طرفا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۸۹

لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه و لا يخرج فى هذه على السهام بل على الأسماء إذ لا يؤمن ان يؤدى إلى تفرق السهام و هو ضرر، و لو اختلفت السهام

بالتراضى أو بحكم القاسم، ثمّ يقرع بكتابة أسماء الشركاء فى الرقع، و هل تكون الرقع بعدد الشركاء بأن يكتب اسم كل شريك فى رقعة فيكون فى الفرض ثلاث رقع أو يجعل الرقعة بمقدار السهام بأن يكتب اسم من له نصف الأرض فى ثلاث رقع و من له ثلثها فى رقعتين و اسم من له السدس فى رقعة فتحصل ستّ رقع؟

الظاهر الاكتفاء بالأوّل لحصول الغرض كما نذكر، ثمّ يؤمر من لا- يطلع على كتابتها بإخراج إحداها، فإن خرجت باسم الشريك بالنصف يأخذ من ابتداء السهام بثلاثة منها، ثم يخرج رقعة أخرى فإن خرج باسم الشريك بالثلث يأخذ سهم الرابع و سهم الخامس و السهم الباقى لصاحب السدس و هكذا، و لو جعل الرقع ستّا فإن خرج اسم صاحب النصف يعطى تمام سهامه، ثم لو خرج اسمه ثانيا أو ثالثا يلغى الرقعة الخارجة، و فائدة زيادة الرقع مع أنّه يلغى ثانيها و ثالثها لتكثير حظه فى الخروج لأنّ أكثر المال له هكذا قيل، و لكن لا يخفى ما فيه بعد تعديل السهام و عدم جواز تفريق سهام شخص.

و على الجملة: يخرج الرقع فى هذه الصورة على السهام، و يكتب فى الرقع أسماء الشركاء و لا تخرج على أسماء الشركاء بأن يكتب السهام فى الرقع حذرا من تفرّق السهام.

و إذا اختلفت السهام قدرا و قيمة عدّل المال المشترك على أقل السهام بحسب القيمة ثم، يعين السهام بكتابة أسماء الشركاء فى الرقع كما تقدم فى الصورة السابقة، و قد يقال بإمكان إخراج القرعة على الأسماء بأن يكتب السهام فى الرقاع بالنحو التالى ففى رقعة نصف المال، و فى الأخرى ثلثه و فى الثالثة سدسه، و يعيّن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۰

و القيمة عدلت السهام تقويما و ميّزت على قدر سهم أقلهم نصيبا و أقرع عليها كما صورناه.

مبدأ السهام المخرجة بالتراضى، أو بتعين القاسم أو بالقرعة الأخرى على المبدء، فيؤمر من لا يطلع على الحال فيها بإخراج رقعة من القراع الثلاث ثم يؤمر بإخراج الثانية، و لكن لا يخفى أنّ هذه عبارة أخرى لكتابة أسماء الشركاء و إخراجها على السهام.

و أمّا كتابة السهام الستّة على الرقاع الستّ ثم إخراجها فقد تقدم أنّه قد يوجب التفريق على واحد فى سهامه، كما إذا ظهر السهم الثانى أو الخامس باسم صاحب السدس، أو ظهر الخامس باسم صاحب النصف بعد خروج السهم الرابع باسم صاحب السدس، و هكذا.

أقول: يقع الكلام فى المقام فى جهتين الأولى فى وجه اعتبار قسمة السهام بالقرعة و هل الدليل على مشروعية القرعة تعم مثل المقام

ممّا لا يكون للحق فيه واقع معين أم لا؟ و الثانية في انحصار طريق القسمة في المال المشترك على القرعة بما تقدم من الكيفية من الرقع و كتابتها و الستر عليها، أم أنّها تصدق و لو لم تكن بالكيفية المتقدمة.

أمّا الجهة الأولى: فقد يقال أنّ مشروعية القرعة تنحصر بما إذا كان للشيء واقع معيّن فيستكشف الواقع المجهول لنا بالقرعة، و بتعبير آخر تخرج القرعة الحق الواقعي، و مع عدم التعيّن للشيء واقعا كما في المال المشترك فلا دليل على كونها معينة، و يجاب عن ذلك بأنّ في روايات القرعة ما يدل على جريانها حتى فيما لم يكن للشيء واقع معيّن، و في صحيحة إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-: «في رجل قال: أوّل مملوك أملكه فهو حرّ فورث ثلاثة قال: يقرع بينهم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۱

و أمّا لو كانت قسمة رد و هي المفتقرة إلى ردّ في مقابلة بناء أو شجر أو بئر فلا

فمن أصابه القرعة أعتق قال: و القرعة سنّة» «۱».

و لكن في الاعتماد على الصحيحة إشكال، فإنّه لا عتق إلّا بعد ملك كما في غير واحد من الروايات المعتبرة سندا و دلالة، فلا يكون عتق الواحد قبل الملك صحيحا ليحمل المعتق على الطبيعي المقيد بالوحدة، و يتعيّن ذلك الطبيعي بالقرعة، و في صحيحة منصور بن حازم «قال: سأل بعض أصحابنا أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن مسألة فقال: هذه تخرج في القرعة، ثم قال: فأي قضية أعدل من القرعة إذا فوّضوا أمرهم إلى اللّه عزّ و جلّ أ ليس اللّه يقول فَساهَمَ فَكانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ «۲»» «۳».

و أورد على الاستدلال بهذه الصحيحة بأنّ من كان مطلوب الحوت كان معينا واقعا، و أجيب بأنّ الأمر و إن كان كذلك واقعا إلّا أنّ أهل السفينة اعتقدوا أنّ واحدا لا بعينه مطلوب الحوت فساهموا لتعيين الواحد لا بعينه و إلّا فلو كانوا عالمين بأنّ الحوت يطلب يونس- عليه السلام- لأخذوه و القوة في البحر.

أقول: لا يخفى ما في الاستدلال بها فإنّ أهل السفينة و إن لم يعتقدوا بأنّ يونس- عليه السلام- مطلوب للحوت، إلّا أنّه من المحتمل أنّهم اعتقدوا كما نقل أنّ واحدا معينا يطلبه الحوت و هم لا يعرفونه بعينه، و استعملوا القرعة في إخراجه، و على الجملة لا تثبت بالرواية مشروعية القرعة في تعيين ما ليس له واقع معين.

نعم يظهر العموم عن صحيحة حريز عن محمد عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۸۷.

(۲) الصافات: ۱۴۱.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۷: ۱۹۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۲

تصحّ القسمة ما لم يتراضيا جميعا (۱) لما يتضمّن من الضميمة التي لا تستقر إلّا بالتراضي و إذا اتّفقا على الرد و عدلت السهام فهل يلزم بنفس القرعة قيل لا لأنّها تتضمن معاوضة و لا يعلم كلّ واحد من يحصل له العوض فيفتقر إلى الرضا بعد العلم بما ميزته القرعة.

«في الرجل يكون له المملوكون فيوصي بعتق ثلثهم قال: كان علي- عليه السلام- يسهم بينهم» «۱». حيث إنّ شركة الميت مع سائر الورثة في الثلث بنحو الإشاعة، و الرواية ظاهرها تعيين سهم الوصية، بالقرعة و لكن في سندها اشكالا فإنّ محمد الذي يروي عنه حريز يحتمل كونه محمد بن مروان الذي روى غير حريز عن محمد بن مروان مثلها، كما يحتمل كونه غيره و على الجملة لا يتعين محمد في محمد ابن مسلم.

و لكن لا يبعد أن يقال: إن تعيين السهام بها خارجا فى موارد الميز لبعضها و لو قهرا مع عدم التراضى بين الشركاء بنحو آخر للسيرة الجارية من العقلاء عليها، كما ذكرنا نظيرها فى الإلزام بالقسمة مع طلب بعض الشركاء مع عدم الضرر، و هذا المقدار مع عدم ثبوت الردع كاف فى الحكم بمشروعيتها، كما أن مقتضاها عدم اعتبار رضا الشركاء بعدها بالقسمة الحاصلة بها، بل لا يعتبر رضا جميعهم بها قبل إجرائها فى موارد جواز الإجبار بالقسمة على ما تقدم، و ممّا ذكر يظهر الكلام فى الجهة الثانية و انّ القرعة تحصل و لو بفقد بعض ما تقدم.

(۱) قد تقدم ما فيه فلا يحتاج إلى الإعادة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۸۸.

[مسائل ثلاث]

اشارة

مسائل ثلاث:

[الاولى: لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها]

الاولى: لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها (۱) بحيث يكون لكلّ واحد منهما نصيب من العلو و السفل بموجب التعديل جاز و اجبر الممتنع مع انتفاء الضرر و لو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم يجبر الممتنع و كذا لو طلب قسمة كلّ منهما منفردا.

---

(۱) إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين و كان لها علو و سفل و طلب أحد الشريكين القسمة يكون المطلوب من قسمتها على أنحاء:

الأوّل: أن يطلب قسمتها على حصتهما، بحيث يكون لكل منهما نصيب خاص من كل من العلو و السفل، و تجوز هذه المطالبة بمعنى أنّه يجبر الشريك على هذه القسمة مع عدم الضرر فيها.

الثانى: أن يكون المطلوب من قسمتها بحيث ينفرد أحدهما بالسفل و الآخر بالعلو و يذكر أنّ هذا النحو من القسمة لا يجبر عليها بل تحتاج إلى التراضى و لو مع عدم الضرر، و يقال فى وجه ذلك أنّ القسمة بالنحو الأوّل داخلة فى القسمة افرازا.

و بالنحو الثانى: داخلة فى القسمة تعديلا، و مع إمكان قسمة المال المشترك افرازا لا يجوز الإجبار على القسمة تعديلا كما يأتى.

أقول: الكبرى و إن كانت كما ذكر، لأنّ عمدة الدليل على جواز الإجبار على القسمة السيرة العقلائية و مقتضاها تقديم القسمة الافرازية إلّا أنّ كون الأوّل قسمة افرازية غير صحيح، و مع كونها تعديلية أيضا يجبر على الجامع بين القسمتين، و مع عدم التراضى بأحد النحوين يعين أحدهما بالقرعة مع عدم الضرر كما هو الفرض. نعم فى مثل الشقق المتعارفة فى عصرنا الحاضر تحسب كل

[الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع]

الثانية: لو كان بينهما أرض و زرع فطلب قسمة الأرض حسب اجبر الممتنع (۱) لأنّ الزرع كالمتاع فى الدار و لو طلب قسمة الزرع قال الشيخ لم يجبر الآخر لأنّ تعديل ذلك بالسهام غير ممكن و فيه اشكال من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهالة إمّا لو كان بذرا لم يظهر لم يصحّ القسمة لتحقق الجهالة و لو كان سنبلا قال أيضا لا يصحّ و هو مشكل لجواز بيع الزرع عندنا.

طبقة مالا مستقلا و يأتى حكمها.

الثالث: ما إذا كان المطلوب قسمة كل من العلو و السفل منفردا، بأن يقسم السفل مع قطع النظر عن العلو و العلو مع قطع النظر عن السفل و كأنّهما مالان مستقلان يكون كل واحد منهما مشتركا بينهما، و هذه القسمة تحتاج إلى التراضى، و لا يجبر عليها، لأنّ تقسيمها كذلك بحيث يكون السفل من جانب و العلو من جانب آخر لواحد و السفل من جانب آخر مع العلو من الجانب الأوّل للآخر غير داخل فى قسمتها المتعارفة، لأنّ الدار تحسب بجميع أجزائها مالا واحدا مشتركا.

(۱) إذا اشترك اثنان فى أرض و زرعها يحسب كل من الأرض و الزرع مالا مستقلا، و لذا لو طلب أحدهما قسمة الأرض خاصة يجبر الآخر عليها مع عدم الضرر سواء أ كانت قسمتها قسمة تعديل أم إفراز، أمّا إذا طلب أحدهما قسمة الزرع خاصة فالمحكى عن الشيخ- قدّس سرّه- إنّه لا يجبر الآخر على القسمة لعدم إمكانها فى الزرع لأنّ القسمة تتوقف على تعديل السهام و تعديلها فى الزرع عادة غير ممكن، و ناقش الماتن- قدّس سرّه- فيه بأنّ كلامه لا يخلو عن إشكال فإنّ الذى لا يمكن فى الزرع عادة هو التعديل عينا و أمّا التعديل قيمة فهو أمر ممكن. نعم فيما كان بذرا لم تصح قسمته لتحقق الجهالة فى المقسوم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۵

[الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدّدة و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض]

الثالثة: لو كان بينهما قرحان متعدّدة و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع (۱) و لو طلب قسمة كلّ واحد بانفراده اجبر الآخر و كذا لو كان بينهما حبوب مختلفة و يقسم القراح الواحد و إن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعة

أقول: لعلّ المراد بالجهالة عدم إمكان تعديل السهام حتى قيمة، و لا يبعد أن يقال: إنّ المال المشترك إذا كان حبا مستورا فى الأرض لم يخضر أو مع اخضراره أيضا المسمى بالبذر فى بعض الكلمات غير قابل للقسمة، لأنّ البذر قبل صيرورته قصيلا أو سنبلا لا يعتبر مالا حتى يعدل السهام قيمته و إن يكون ملكا اللّهمّ إلّا أن يقال عدم المالية بلحاظ الحالة الفعلية لا بلحاظ اشتراط بقائه ليصير قصيلا أو سنبلا أو حنطة و شعيرا كما لا يخفى.

و لو صار الزرع سنبلا فالمحكى فى كلام الماتن عن الشيخ- قدّس سرّه- عدم صحة قسمته و لعلّه لعدم إمكان تعديل السهام و لو بالقيمة و لكن ضعّفه الماتن- قدّس سرّه- بجواز بيع الزرع قصيلا كان أو سنبلا و كان جواز البيع يلازم التقويم الذى يدخل فيه تعديل السهام بالقيمة و لكن لا يخفى أنّ جواز البيع يلازم التقويم لا تعديل السهام فى أبعاض العين قيمة كما يظهر ذلك للمتأمّل.

(۱) المشهور بين الأصحاب كما قيل إنّ الاملاك المتعددة التى يعد كل واحد منها ملكا و مالا مستقلا إذا كان كل واحد منها مشتركا بين اثنين أو أزيد و طلب أحد الشريكين الآخر بقسمة بعضها فى بعض بأن يكون بعضها بتمامه ملكا له و بعضها الآخر بتمامه ملكا للشريك الآخر، كما إذا كان لهما قطعات أربع من الأرض الخالية من الشجر المعبر عن كل واحد منها بالقراح، و طلب أن تكون قطعتان منها له و القطعتان للآخر، أو كان فى الخارج صبرتان إحداهما حنطة و الأخرى شعير و كل منهما مشترك بين اثنين بالمناصفة فطلب أحدهما القسمة بأن تكون احدى الصبرتين بتمامها له و الأخرى بتمامها لصاحبه، و كذا إذا كانت لهما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۶

إذا اختلفت أبنيتها و لا يقسم الدكاكين المتجاورة بعضها فى بعض قسمة إجبار لأنّها أملاك متعدّدة يقصد كلّ واحد منها بالسكنى على انفراده فهى كالأقرحة المتباعدة.

غیر ذلک من الـدکاکین و الدور المتعددة، ففی مثل ذلک لا یجبر الآخر علی هذه القسـمة حتی فیما لم یکن فی البین ضـرر، بخلاف ما إذا طلب قسمة کل منها بأن یکون بعض کل منها لواحد و بعضه الآخر للآخر فإنّه یجبر علی هذه القسمة مع عدم الضرر.

و علّلوا ذلک بأنّ هذا النحو من القسـمة قسـمة إفراز و مع إمکانها لا یجبر علی القسـمة بالنحو الأوّل الداخلة فی القسـمة التعدیلیة، لأنّ للمالک أن یتحفظ بحصّ‍ته من المال و لو مع اجابته لطلب القسمة أو طلبها. نعم مع عدم إمکان القسمة إلّا بالنحو الأوّل کما فی الثیاب المتعددة المشترکة کل واحد منها بینهما و کالدواب و الکتب و غیر ذلک جاز الإجبار علیها، و اسـتثنوا من جواز الإجبار القسمة بالردّ و التزموا بعدم جواز الإجبار علیها حتی و لو یمکن غیرها.

بل استشـکلوا فی صحة قسمة الرد مع إمکان القسمة بالإفراز أو بالتعدیل حتی مع التراضی، فإنّه مع إمکان غیره لا تصدق علیها القسمة و لذا ذکر بعضهم عدم صحتها حینئذ إلّا بإیقاع المصالحة المفیدة فائدتها.

ثمّ إنّه إذا طلب أحـد الشـریکین قسـمة المال المشترک بینهما بالقسـمة بالنحو الثانی وجبت الإجابة لها و جاز الإجبار علیها و لو کانت القسـمة بالإضافة إلی توابعه من النحو الأوّل یعنی من قسمة بعض التوابع المشترکة فی البعض الأخری، کما إذا کانت الدار واسعة فیها أشـجار مختلفة و أبنیة متعددة، و إلی ذلک ینظر کلام الماتن- قدّس سـرّه- و یقسم القراح الواحد و ان اختلفت أشجار أقطاعه کالدار الواسعة إذا اختلفت أبنیتها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۷

[الرابع: فی اللواحق و هی ثلاث]

اشارة

الرابع: فی اللواحق و هی ثلاث:

[الأولی: إذا ادّعی بعد القسمة الغلط علیه لم تسمع دعواه]

الأولی: إذا ادّعی بعد القسمة الغلط علیه لم تسمع دعواه (۱) فإن أقامت بینة سمعت و حکم ببطلان القسمة لأنّ فائدتها تمیّز الحق و لم یحصل و لو عدمها فالتمس الیمین کان له إن ادّعی علی شریکه العلم بالغلط.

أقول: قـد تقـدم أنّه إذا لم تمکن القسـمة بالإفراز و التعـدیل یجوز لأحـد الشـریکین مطالبـة الآخر بالقسـمة الردیة، و یجب علی الآخر القبول، غایة الأمر إذا طلب کل منهما الحصة الخالی عن الرد أو المضمة بها الرد یقرع بینهما و مع عدم إمکان هذا النحو من القسمة و لو لعدم المال لواحد منهما للضم للطرف الناقص یباع المال المشترک و یقسم الثمن لهما علی ما أشرنا إلیه من السیرة العقلائیة.

(۱) إذا ادعی أحـد الشـریکین علی الآخر وقوع الغلـط لم تسـمع إلّا مع البینـة به فیما أجاب الآخر بلا أدری، أمّا إذا کان نافیا للغلط أو ادعی علیه علمه بالغلـط یتوجه الیمین علی الآخـر بـالحلف علی نفی الغلـط أو علی عـدم علمه بالغلط، لأنّ أصالـة الصـحة الجاریـة فی القسـمة تجعـل من یـدّعی الغلـط مـدعیا فی دعواه فعلیه إثبـاته، و مع جواب الآـخر بلا أدری و اعتراف المـدعی بعـدم العلم لم یتوجه الـدعوی علی الآخر. بل الأمر کذلک حتی مع قوله بأنّه لا یدری أنّ الآخر یعلم الغلط أم لا لأنّ قوله هذا مساو بأنّ الآخر مع عدم علمه به یعمل علی وظیفته.

و المـاتن کغیره- قـدّس سرّهم- لم یتعرض لصورة نفی الآـخر الغلـط، فـإنّه قـد ذکرنـا أنّ مع نفیه یتوجه إلیه الیمین علی نفیه و عـدم تعرضـهم له لما بنوا علیه فی موارد الدعوی علی الغیر فی فعل الآخر من أنّه لا تسمع الدعوی إلّا مع البینة، حیث لا یمکن فیها للمدعی

عليه اليمين على فعل الآخر و هو القاسم فى المقام، و لكن قد عرفت ما فيه، و على الجملة إنّما لا تسمع الدعوى فى المقام كسائر المقامات مع عدم البينة للمدعى فيما إذا أجاب الخصم بلا أدرى لا مطلقا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۸

[الثانية: إذا اقتسما ثمّ ظهر البعض مستحقّا]

الثانية: إذا اقتسما ثمّ ظهر البعض مستحقّا فإن كان معينا فى أحدهما بطلت القسمة (۱) لبقاء الشركة فى النصيب الآخر و لو كان فيهما بالسوية لم تبطل لأنّ فائدة

ثمّ إنّ الخصم فى دعوى الغلط هو الشريك الآخر سواء أ كانت القسمة عن قاسم منصوب أم بتوكيل من المتقاسمين أو كانت بفعل الشريكين. نعم إذا كان القاسم غيرهما بالأجرة على المدعى أو على الشريكين فللدعوى عليه وجه لاسترداد الأجرة أو دعوى سقوطها عن عهدة المدعى، و لعل ما ذكر فى القواعد يرجع إلى ذلك.

أمّا التفرقة فى سماع الدعوى بين القسمة إجبارا فتسمع دعوى الغلط مع البينة بل بدونها أيضا على ما تقدم و بين القسمة بالتراضى فإنّها لا تسمع لأنّ التراضى حصل منهما بتعيين حصتهما بما وقع فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ التراضى بما وقع مبنى على التعديل و هو غير حاصل على دعوى مدعى الغلط.

(۱) إذا ظهر بعد القسمة بعض المال مستحقا للغير فإن أوجب ردّ ذلك البعض على مستحقّه بطلان التعديل بطلت القسمة، كما إذا اقتسما الأموال المتعددة المشتركة بينهما بتقسيم التعديل و تعيين حصة أحدهما فى بعضها بحصة الآخر فى المال الآخر و ظهر المدفوع إلى أحدهما مستحقا للغير، و كذا إذا ظهر لمن وقعت حصته على بعضها أنّها ملك للغير، و كذا فى المدفوع إلى الآخر من الشريكين مع اختلاف المالين المستحقين للغير فى القيمة، أمّا إذا كان كل منهما مساويا مع الآخر فى القيمة فلا تبطل القسمة لعدم بطلان التعديل، نعم إذا أوجب ذلك خروج الباقى للشريكين عن التعديل فى القيمة لبقاء دار لأحدهما بلا طريق ماء و نحوه بطلت القسمة ببطلان التعديل.

هذا كلّه فيما إذا ظهر البعض المعين مستحقا للغير، و أمّا إذا ظهر بعض المال بنحو الإشاعة مستحقا للغير، كما إذا قسمت التركة بين أخوين، ثم ظهر أخ

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۲۹۹

القسمة باقية و هو إفراز كلّ واحد من الحقّين و لو كان فيهما لا بالسوية بطلت لتحقق الشركة، و إن كان المستحقّ مشاعا معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق و الثانى تبطل لأنّها وقعت من دون إذن الشريك و هو أشبه.

ثالث، فيقال مع تساوى نسبة المال المستحق للغير تبطل القسمة بالإضافة إلى حصة الأخ الثالث، بمعنى أنّ الثالث يشترك فى كل ما وصل إلى كل من الأخوين بالثلث، و بتعبير آخر القسمة صحيحة بالإضافة إلى حصتى الأخوين المتقاسمين.

و عن الشيخ- قدّس سرّه- فى أحد قوليه أنّها تبطل من أصلها، لأنّ القسمة من المعاملات و قد وقعت بلا اذن الشريك الثالث حتى فيما كان الثالث شريكا فى حصته أحدهما خاصة، كما إذا قسمت التركة بين أخ الميت و زوجته ثم ظهرت للميت زوجة أخرى.

نعم يختص البطلان بما إذا لم يجز الثالث تلك القسمة و إلّا صحت القسمة و يكون شريكا مع كل من الأخوين فى ما بيده بالثلث فى الأوّل و مع ما بيد الزوجة بالمناصفة فى الثانى، لأنّ صحة المعاملة الفضولية لا تختصّ بغير القسمة بل تجرى فيها أيضا، كما هو مقتضى وجوب الوفاء بالعقود بعد إجازة أربابها.

و ظاهر بعض الكلمات عدم الحاجة إلى الإجازة أيضا فيما إذا كانت النسبة متساوية بالإضافة إلى حصتى المتقاسمتين، كما إذا كان المال المشترك ثلاث دواب تساوى قيمة إحداها قيمتى الأخريين فاقتسما بينهما بقسمة التعديل بأن أخذ أحد الشريكين الدابتين و الآخر تلك الواحدة، فإنّ الغير فى الفرض يملك من كل دابة ثلثها و النسبة بعد القسمة أيضا باقية بحالها، و لكن الأظهر بطلان القسمة فى الفرض أيضا مع عدم اجازة الغير، و ذلك فإنّ النسبة و لو كانت باقية بحالها إلّا أنّ قسمة الشريكين مع الغير تختلف مع قسمة كل الشركاء، فإنّ القسمة فى الفرض تكون بقسمة الرد لا محالة، و لكن الشريكين اقتسموا بقسمة التعديل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۰

[الثالثة: لو قسّم الورثة التركة ثمّ ظهر على الميّت دين]

تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۳۰۰

الثالثة: لو قسّم الورثة التركة ثمّ ظهر على الميّت دين فإن قام الورثة بالدين لم تبطل القسمة (۱) و إن امتنعوا نقضت و قضى منها الدين.

فالصحيح هو أنّه إذا كانت القسمة بين الشريكين المتقاسمين قسمة إفراز لا- تحتاج إلى القرعة بين الشركاء، كما كذا كان المال المشترك صبرة من الحنطة التى بعد قسمتها إلى الحصتين يكون للغير ثلث الحبة من كل حبة، فالقسمة المزبورة لا تحتاج إلى إجازة الغير لبقاء مال الغير بحاله حتى فى مقام القسمة مع كل منهما، أمّا إذا كانت القسمة تعديلية أو افرازية تحتاج كالتعديلية إلى القرعة مع تشاح الشركاء كالأرض التى تشاح فى الأخذ من شرقها أو غربها أو من وسطها أو كانت القسمة ردية فلا تجوز القسمة إلّا بإجازة الغير.

(۱) بأن أدى الورثة الدين من أموالهم فيكون الفرض كما إذا أدى الأجنبى دين الميت تبرعا أو إبراء الدائن ذمته فإنّه بعد ذلك لا يكون على الميت دين فتكون تركته للورثة فتصح القسمة الحاصلة قبل ذلك.

و يلحق بذلك ما لو ضمن الورثة الدين على الميت للغرماء فإنّه بناء على ما هو الصحيح عندنا من انتقال الدين إلى ذمة الضامن مع عقد الضامن تبرأ ذمّة الميت فتصح القسمة السابقة.

و قيل: إنّ هذا فيما إذا لم يكن الدين مستوعبا للتركة، حيث إنّ مع عدم الاستيعاب يدخل الفرض فى المسألة السابقة يعنى الثانية تقريبا و انّما الفرق بين المفروض و المتقدم فى المسألة السابقة هو أنّ ما يستحقه الغير فى تلك المسألة كان من الحصة المشاعة و فى الفرض من قبيل الكلى فى المعين، أمّا مع كون الدين مستوعبا فلا يحكم بلزوم القسمة لأنّ مع الاستيعاب لا تكون التركة ملكا للورثة لتكون قسمتها من تقسيم المال المشترك و يدخل فى لزوم الوفاء بالقسمة التى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۱

....

تدخل فى المعاملة و العقد، بل يكون الورثة مالكين بعد حصولها نظير مسألة من باع شيئا ثمّ ملك.

أقول: صحّة القسمة مع عدم استيعاب الدين أيضا مورد المناقشة، فإنّ القسمة بالإضافة إلى مقدار الدين نظير مسألة من باع شيئا ثمّ

ملك، و بيان ذلك أنّ مع عدم استيعاب الدين أيضا لا تنتقل جميع التركة إلى ملك الورثة و يكون استثناء مقدارها عن التركة بنحو الكلى فى المعين، و بتعبير آخر يكون الفرض كتقسيم الورثة تركة الميت قبل موته بلا فرق بين صورة استيعاب الدين و عدمها، و الأحوط لو لم يكن أظهر اعتبار التراضى بالقسمة السابقة أو إجازتها من الحاكم إذا كانت قسمة إجبار.

ثمّ إنّه يذكر فى المقام أنّه لو أدى بعض الورثة من ماله دين الميت بمقدار سهمه و امتنع البعض الآخر يباع على الممتنع ما وصل إليه من التركة بمقدار سهمه من الدين و يقال كما عن صاحب الجواهر- قدّس سرّه- أنّه إذا بطلت القسمة بالإضافة إلى ما يباع فلا تصحّ القسمة المزبورة.

أقول: مع الغمض عن المناقشة السابقة لا يكون فى الفرض اشكال آخر، و ذلك فإنّه قد تقدم أنّه يجوز للورثة تملك التركة بأداء دين ما على الميت من أموالهم فما يباع من التركة التى بيد الممتنع يكون مقابلا لما تملّكه سائر الورثة من التركة بأداء دين ميّتهم فيحصل التعديل فى بقية التركة مع عدم الاستيعاب كما هو المفروض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۳

[النظر الرابع: فى أحكام الدعوى]

اشارة

النظر الرابع:

فى أحكام الدعوى و هو يستدعى بيان مقدمة و مقاصد.

[أمّا المقدمة فتشتمل على فصلين]

اشارة

أمّا المقدمة فتشتمل على فصلين:

[الأوّل فى المدعى]

الأوّل فى المدعى و هو الذى يترك لو ترك الخصومة (۱) و قيل هو الذى يدعى خلاف الأصل أو أمرا خفيّا و كيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته.

---

(۱) قد ورد فى الروايات أنّه يكون القضاء بالبينة للمدعى و اليمين على من ادعى عليه إذا لم يقم المدعى البينة، فيقع الكلام فى المقام فى الميزان لكون أحد المتخاصمين مدّعيا ليطلب منه البينة و اليمين من خصمه مع عدمها. هذا بالإضافة إلى غير الموارد التى قام دليل خاص فيها على كيفية الحكم على ما يأتى،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۴

....

و ذكر صاحب الجواهر- قدّس سرّه- أنّه لو اشتبه فى مورد الأمر و لم يتبين فيه المدعى من المدعى عليه ينحصر الإثبات بالبينة لأنّها

حجّة شرعیة و مع فرض تعارض البینة فیه بأن کان لکل منها بینة یعمل علی المرجح و مع عدمه تتعین القرعة فی العمل بها.

أقول: تتضح حقیقة الحال و ما فیه بعد تتمیم المقال فی میزان تشخیص المدعی من المدعی علیه، و قد ذکر الماتن- قدّس سرّه- فی المیزان أنّ الذی یترک لو ترک الخصومة بمعنی أنّ خصمه لا یراجعه لو لم یراجع هو خصمه هو المدعی.

و أورد علی هذا التعریف بأنّه یصدق فی موارد دعوی الحق علی الغیر خاصة، أمّا فی موارد دعوی سقوط ما کان للغیر علیه من الحق فلا، فإنّه لو ترک دعوی سقوط الدین عن عهدته لأخذه الآخر و طلب منه الدین.

و قد یتعذر عن الإیراد بأنّ ما ذکر فی تعریف المدعی للإشارة إلی تمییز الدعوی ببعض الجهات و إلّا ففی الحقیقة لیس للدعوی علی الغیر حقیقة شرعیة، بل الدعوی علی معناها اللغوی العرفی و هو الاخبار الجازم المتضمن للحق له علی الغیر أو سقوط ما کان للغیر علیه.

و قد یجاب عن الإیراد بأنّ المراد من ترکه لو ترک الدعوی عدم مطالبته بشیء من جهة الدعوی فلا ینافی مطالبته من جهة أخری کثبوت المال علی عهدته و فیه أنّ التعریف قد ذکر للمدعی فی مقابل المنکر، و هو الذی لا یترک إذا ترک إنکاره و معنی عدم ترکه مطالبته بالحق علیه للغیر، فقد تحصل ممّا ذکر أنّ التعریف المزبور لا یکون ملاکا لتشخیص المدعی عن المنکر.

و قد یقال فی میزان کون أحد المتخاصمین مدعیا و الآخر منکرا: إنّ المدعی

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۵

....

من یکون قوله مخالفا للأصل فیکون المدعی علیه و المنکر من یکون قوله موافقا للأصل.

و قد یورد علی هذا التعریف بأنّه إن أرید من الأصل جمیع الأصول فمن المقطوع عدم اعتبار جمیع الأصول فی کون شخص مدعیا و الآخر منکرا و ان أرید بعضها فیمکن أن یکون قول أحد المتخاصمین مخالفا لأصل و موافقا لأصل آخر، کما یمکن أن یکون قول أحد المتخاصمین مخالفا لأصل و قول الآخر أیضا مخالفا لأصل آخر.

و لکن لا یخفی ضعف هذا الإیراد فإنّ المراد بالأصل هو الأصل المعتبر الجاری فی حق الشاک، و الأصول المتعددة إذا کانت بعضها موضوعیة و بعضها حکمیة لا تصل النوبة إلی الأصل الحکمی مع جریان الأصل الموضوعی.

و بتعبیر آخر تشخیص المدعی من المنکر لتطلب البینة من المدعی یکون من وظیفة الحاکم الشرعی المفروض جهله بواقع الحال فی الواقعة المرفوعة إلیه، فیأخذ فی تلک الواقعة بالأصل المعتبر فی حق الشاک فمن یوافق قوله مع ذلک الأصل المعتبر لا یحتاج قوله إلی إثبات و من یخالف قوله ذلک الأصل فیطالبه بالبینة.

و ممّا ذکر یظهر الجواب عمّا إذا کان قول أحد الخصمین موافقا لأصل و القول الآخر موافقا لأصل آخر، و وجه الظهور أنّه إذا کان أحد الأصلین موضوعیا و الآخر حکمیا فلا تصل النوبة إلی الحکمی، و إلّا تکون الواقعة من موارد التداعی لا الدعوی و الإنکار.

و الصحیح فی الإیراد علیه أنّه لا یختصّ المدعی بمن لا یوافق قوله الأصل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۶

....

و المدعی علیه بمن یوافق قوله الأصل، بل یعمّ المدعی کل من یکون قوله محتاجا إلی الإثبات لکونه مخالفا لما اعتبر فی حق الشاک، سواء أ کان أصلا عملیا أم امارة کقاعدة الید، و لعلّه لذلک عطف الماتن- قدّس سرّه- کغیره المخالفة للظاهر علی خلاف الأصل کما إذا اعتبر الشارع ظاهر الحال فی مورد أو حکم بحلف من یکون قوله موافقا له بحیث یفهم منه اعتبار ذلک الظاهر.

و الحاصل لا يختلف الشرع و العرف في معنى الدعوى على الغير بحيث يوصف أحدهما مدعيا و الآخر مدعى عليه، فكل من يذكر ثبوت الحق و نحوه له على الغير أو ارتفاع حق الغير عنه بحيث يحتاج إلى إثبات ما يذكره هو المدعى فالمقام نظير ما ذكرنا في المعاملات بالمعنى الأخص من أنّ لفظ البيع مثلا يستعمل في كلام الشارع فيما يستعمل فيه عند العرف، غاية الأمر يختلف نظرهما في مصاديقه بحيث يرى العرف تمليك الخمر بالعوض بيعا أو المنابذة بيعا و لا يعتبرهما الشارع.

و الوجه في كون المقام نظيرها أنّ المدعى في دعواه على الغير يطالب بحق له عليه أو يخبر عن سقوط ما للغير عليه من الحق، و المراد بالحق في المقام ما يعمّ المال على العهدة و الخارج و غيرهما مما يقع مورد المخاصمة و المنازعة و المطالبة كدعوى الزوجية و الوصاية و الطلاق إلى غير ذلك ممّا يكون عند العقلاء ملزما بإثباتها على الغير، فربّما يكون ما يذكره عند العقلاء محتاجا إلى الإثبات و لكن يكون الأمر عند الشارع بالعكس و ذلك لموافقته لما اعتبر الشارع في حق الشاك.

و على ذلك فإن أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج أسلمنا معا فالنكاح باق و قالت الزوجة أسلمت قبلك فلا نكاح، فإنّ الاستصحاب في ناحية عدم إسلامهما معا يعارضه عدم إسلام الزوجة قبل زوجها فإنّ إسلامهما معا موضوع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۷

....

لبقاء نكاحهما و إسلامها قبل إسلام زوجها موضوع لزواله فتصل النوبة إلى استصحاب بقاء نكاحهما و يوافقه قول الزوج فتكون المرأة مدعية لزوال النكاح فعليها إثباته.

و قيل: إن قولها يوافق الظاهر لأنّ إسلامهما معا خلاف الظاهر يعني أمرا بعيدا، و لكن لا يخفى ما فيه فإنّ موافقة الظاهر توجب كون من يوافقه منكرا، و لا يلاحظ معها موافقة الأصل، لأنّ الظاهر من قبيل الامارة و لا تصل النوبة إلى الأصل مع اعتباره، و كذا فيما لو حكم الشارع بتقديم قول من يوافق ذلك الظاهر و أمّا مع عدم ثبوت شيء من الأمرين كما هو الصحيح فلا اعتبار به في تشخيص المدعى عن المدعى عليه.

و ذكر صاحب الجواهر- قدّس سرّه- أنّ المتعين هو القول بأنّ المدعى من ينشأ الخصومة في حق له أو في الخروج عن حق للغير كان عليه سواء كان قوله مخالفا للأصل و الظاهر أم موافقا لأحدهما، و سواء ترك مع تركه أم لم يترك، و على ذلك ففي مسألة إسلام الزوجين قبل الدخول لو كان مصب الدعوى تقارن إسلامهما أو تقدم إسلام الزوجة فكل منهما مدّع فيكون المورد من موارد التحالف، و إن كان مصب الدعوى بقاء الزوجية و عدم بقائها فالمرأة مدعية.

أقول: إذا كان أحد المتخاصمين منشأ الخصومة في حق له على الغير أو سقوط حق آخر كان عليه يكون قوله مخالفا للأصل لا محالة، لأنّ ثبوت الحق كسقوطه أمر حادث مسبوق بالعدم.

و أمّا قوله- قدّس سرّه- أنّه لو كان مصب الدعوى تقارن إسلامهما أو تقدم إسلامها يكون كل منهما مدعيا و منكرا فلا يخفى ما فيه، فإنّه إذا كان كل منهما مدعيا بالإضافة إلى قوله و منكرا بالإضافة إلى قول الآخر تكون الوظيفة مع عدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۸

....

البينة التحالف، و لا معنى للتحالف في مثل المقام ممّا لا يمكن الحكم معه، و إنّما يعتبر التحالف فيما إذا أمكن فصل الخصومة معه بسقوط الدعويين.

أضف إلى ذلك أنّ مجرّد الاختلاف في مصب القولين كما في قول أحدهما تقارن إسلامهما و قول الآخر تقدم إسلامها لا يوجب

صدق الدعوى ما لم يتضمن دعوى الحق له أو سقوط ما كان للغير من الحق.

ثمّ لا- يخفى أنّه ربّما يسمع قول شخص أو أحد المتخاصمين مع اليمين أو بدونها مع كونه مدعيا عرفا، كما إذا ادعى الودعى ردّ الوديعة و أنكر صاحبها ردّها، فإنّ الأكثر التزموا فى المسألة بتقديم قول الودعى و أنّه يحلف على الردّ، كما إذا ادعى الأمين تلف المال و قال المالك بقائه و عدم تلفه فإنّ ثبوت مثل هذا الحكم لا يدلّ على أنّ للمدعى معنى شرعيا، بل الحكم فى هذه الموارد إمّا لأنّ الشارع منع من اتهام الأمين مطلقا كما قيل من أنّ الأصل فى الأمين عدم الخيانة فيكون قول من يخالفه دعوى، أو أنّه من قبيل التخصيص فى قولهم البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه يختلف صدق المدعى و المدعى عليه باعتبار تضمن القول مطالبة الحق أو سقوطه، فلو اختلفا و قال مالك المال انّه وهب المال و قال صاحبه أنّه باعه منه و أخذ الثمن و كان غرض البائع من دعوى الهبة الرجوع لبقاء عين المال و غرض صاحبه أنّه لا- يجوز له الرجوع لبيع المال و قبض الثمن، فيكون المدعى هو المالك لجريان الاستصحاب فى ناحية عدم الهبة، و لا- يجرى الاستصحاب فى ناحية عدم البيع لاعتراف المالك بعدم استحقاقه المطالبة بالثمن و إثبات الهبة بالاستصحاب فى عدم البيع مثبت.

و أمّا إذا كان المال تالفا و قال المالك أنّ الواقع بينهما كان بيعا بكذا فله

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۰۹

و يشترط البلوغ و العقل (۱) و إن يدّعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه ما

المطالبة بالثمن و قال الآخر انّه كانت هبة فلا يستحق عليه شيئا فالمالك مدّع، لأنّ الاستصحاب يجرى فى ناحية عدم البيع و لا يعارضه الاستصحاب فى ناحية عدم الهبة لعدم الأثر للهبة فى الفرض و إثبات البيع بنفيها من الأصل المثبت.

و ما يقال من أنّ الميزان فى تشخيص المدعى عن المنكر مصب الدعوى، ينبغى أن يراد منه الغرض و المقصود فيما لا مورد للأصل فى المصبّ إلّا بلحاظ أثر هو الغرض و المقصود.

(۱) حاصل ما ذكره- قدّس سرّه- أنّه يعتبر فى المدعى أن يكون بالغا عاقلا و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه و أن يدعى ما يصح منه تملكه و لو ولاية أو وكالة. و هذه القيود الأربعة معتبرة فى كون شخص مدعيا ثمّ أردف على هذه القيود و لا بدّ من كون الدعوى صحيحة لازمة و كأنّ مراده- قدّس سرّه- أنّ القيود الأربعة معتبرة فى كون شخص مدعيا بإضافة كون دعواه صحيحة لازمة.

و كيف ما كان يقع الكلام فيما يعتبر فى المدعى فنقول: لا ينبغى التأمّل فى اعتبار البلوغ و العقل فى سماع الدعوى لو كان المراد من سماعها القضاء فى الواقعة و فصل الخصومة و المرافعة فيها فإنّ المتصدى لواقعتهما مرافعة وليّهما، نعم فيما إذا لم يمكن لولى الصبى المرافعة كما إذا ادعى الصبى أنّ الغير جنى عليه بالجراحة أو سلب ثيابه و نحو ذلك أو حتى ما إذا ادّعى أنّ الغير يظلمه فى التصرّف فى أمواله و وضع يده عليها من غير ولاية أو وصاية أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولاية و الوصاية فلا يبعد سماعها فيما إذا أحضر بيّنة أو ذكر أنّ له بيّنة أو احتمل القاضى علمه بظلامته إذا فحص الأمر فلا يبعد السماع بهذا المعنى، حفظا للنظام و دفعا للظلامة إذا ثبتت. و لكن هذا غير السماع للقضاء فى واقعة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۰

يصحّ منه تملّكه فهذه قيود أربعة فلا تسمع دعوى الصغير و لا المجنون و لا دعواه ما لا لغيره إلّا أن يكون وكيلا أو وصيّا أو وليّا أو حاكما أو أمينا لحاكم، و لا تسمع

الصبى، فإنّ الصبى لا- يستحلف و لا- يعتبر إقراره و لا- يرد عليه اليمين و لا يجوز عليه أمره، اللّهمّ إلّا أن يقال: أنّ عدم السماع بهذا

المعنى يجرى عندهم فى دعوى الوكيل بل الولى أيضا على ما تقدم.

و قد ذكروا أيضا أنّه لا تسمع الدعوى فيما إذا ادعى مالا للغير على شخص مع عدم الولاية و الوكالة و الوصاية بالإضافة إلى ذلك الغير، و يناقش فى ذلك بموارد دعوى المرتهن على غاصب العين المرهونة و دعوى الودعى و المستعير و نحوهما على غاصب الوديعة و العارية، و يجاب عن ذلك بتعلّق حق الرهن أو الوديعة أو العارية عنده، و لذا تسمع دعواها، و لكن يستشكل بأنّه إذا ثبت عند الحاكم كونها رهنا عنده بالشهود أو اليمين المردودة فلا يثبت كونها ملكا لذلك الغير، لأنّ الدعوى بالإضافة إلى ملكية الغير تبرعيّة.

و يمكن الجواب عن ذلك بان إعطاء المدين رهنا أو إيداع شخص عنده مالا أو دفعه إليه عارية أو استيجار شخص للاحتطاب له و نحو ذلك يتضمن الاذن من المالك الدافع أو المستأجر فى حفظ ماله بأى نحو يكون به حفظه حتى ما كان بالمرافعة، و هذا المقدار من الاذن كاف فى التوكيل فى المرافعة التى يحفظ بها المال.

و المتحصّل فيما كانت الدعوى تبرعية بحيث لا يتعلّق بها المدعى فلا تدخل الواقعة فى الخصومة المنازعة التى أمر أطرافها برفعها إلى العالم بالأحكام و نهى عن رفعها إلى قضاة الجور.

و لا ـ ينتقض ذلك بموارد رفع الواقعة بالقضاء حسبة فإنّ الدعوى فيها مسموعة بلا كلام، و وجه عدم الانتقاض كما أنّ فى مورد التصرّف فى مال الغير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۱

دعوى المسلم خمرا (۱) أو خنزيرا.

حسبة يكون للمتصرّف ولاية ذلك التصرّف كما هو المقرر فى بحث الولاية و كذلك فى مورد لزوم المرافعة يكون للمحتسب ولاية الدعوى فى ذلك المال لمالكه القاصر أو الغائب.

ثمّ إنّه ربّما يقال باعتبار الرشد فى المدّعى فلا تسمع دعوى السفيه، كما عن الأردبيلى و غيره، و لعلّ مراده و مراد غيره- قدّس سرّهم- الدعاوى المالية، و إلّا فلا وجه لعدم سماع دعواه على الغير بقذفه أو الجناية عليه و كذا دعوى النكاح و نحوه ممّا لا يكون تصرّفا ماليا بل لعدم موجب لعدم سماع دعواه المالى إذا لم تنتهى إلى تصرّف فى أمواله، كما إذا ادّعى على الغير بأنّه قد باع من ولى المال الفلانى و يمتنع عن الإقباض و على الجملة فيما كانت الدعوى منتهية إلى تصرّف مالى من السفيه فى أمواله فلا تسمع تلك الدعوى لعدم تمكنه على ذلك التصرّف، و أمّا غيره فيدخل فيما دلّ على مشروعية القضاء و فصل الخصومة و الأمر بالقيام بالقسط و العدل بين الناس.

(۱) عدم سماع دعوى المسلم فيما إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير على العهدة ظاهر، فإنّه لا يثبت على ذمة أحد للمسلم شيء منهما لعدم المالية لهما شرعا و العهدة تكون مضمونة بالمال و مثل ذلك يدخل فى الدعوى الممتنع شرعا، أمّا إذا ادعى ثمن الخمر أو الخنزير على عهدة الغير كما إذا باع الخمر أو الخنزير من كافر حال كفره أيضا ثمّ أسلم، فإنّه بعد الإسلام يستحق الثمن على عهدة الكافر أو حتى ما إذا أسلم ذلك الكافر أيضا.

و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر- عليه السلام- «قال:

سألته عن رجلين نصرانيين باع أحدهما خمرا أو خنزيرا إلى أجل فأسلما قبل أن

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۲

و لا بدّ من كون الدعوى صحيحة لازمة (۱) فلو ادعى هبة لم تسمع حتى

يقبضا الثمن هل يحلّ له ثمنه بعد الإسلام؟ قال: إنّما له الثمن فلا بأس أن يأخذه» «۱».

و أمّا إذا كان المدعى به الخمر أو الخنزير خارجا فإطلاق كثير من الأصحاب أنّها لا تسمع، لأنّ المسلم لا يملك الخمر أو الخنزير، و لا بد من حمل كلامهم على صورة عدم إمكان تخليل الخمر، و إلّا يثبت حقّ الاختصاص أو الملك و لو لم تكن لها مالية شرعا.

(۱) ظاهر عطف اللزوم على الصحة و إن كان تغايرهما و أنّه يعتبر في سماع الدعوى كون المدعى به تامّا و كونه لازما، إلّا أنّ التفريع على اعتبارهما بقوله فلو ادعى هبة لم تسمع حتى يدعى الإقباض لا يناسب التغاير، فإنّ الهبة المقبوضة لا تكون لازمة لجواز الرجوع فيها.

و لا يخفى أنّ التصريح بالصحّة في الدعوى غير معتبر لظهور دعوى أي المعاملة في صحيحها، و لذا يحمل الإقرار بها على الصحيح، و لعله لذلك اكتفى في الدروس باعتبار اللزوم و قال: كل دعوى ملزمة معلومة فهي مسموعة فلا تصح دعوى الهبة بلا اقباض و كذا دعوى الرهن و لا دعوى البيع من غير أن ينضم إلى قوله و يلزمك تسليم المبيع، فإنّ مع عدم هذا الضم لا تكون الدعوى ملزمة لجواز فسخه بخيار المجلس.

و عن صاحب الجواهر- قدّس سرّه-: أنّ المراد باللزوم الصحّة، فيكون عطف اللزوم على الصحّة تفسيريا، و أنّه لا- أجد في ذلك خلافا، و نقل عن الأردبيلي- قدّس سرّه-: أنّه ما المانع عن سماع دعوى الرهن أو الهبة بلا دعوى اقباض حيث

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۶۱ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۱۷۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۳

يدعى الإقباض و كذا لو ادعى رهنا.

يمكن للمدعى إثبات عقد الرهن أو الهبة أوّلا ثمّ يدعى الإقباض و انّه لو كان كون المدعى به أمرا لازما غير معنى الصحة فلا يفيد ضمّ دعوى الإقباض أيضا فإنّ المتهب فيما كان غير ذي رحم يمكن للواهب الرجوع فيها فلا يلزم بضم دعوى الإقباض، و يلزم أيضا عدم سماع دعوى البيع قبل انقضاء المجلس و زمان الخيار، و لا أظن أن يلتزم به أحد.

و قال: إنّ عقد الهبة أو الرهن بلا اقباض ليس بصحيح، أي ذا أثر و لا يعتبر في سماع الدعوى إلّا كونها على تقدير ثبوتها ذات أثر يستحقه المدعى، و هذا حاصل مع ضم دعوى الإقباض و ان أمكن رجوع الواهب فيها، و مراد الدروس باللزوم ليس بمعنى عدم إمكان الرجوع بالفسخ أو الإقالة و نحوهما، بل بحيث يكون للدعوى أثر يستحقّه المدعى على تقدير ثبوتها و ضم قوله يلزمك تسليمه بمعنى أنّك لم تفسخ البيع إلى الآن بخيار المجلس أو غيره، لا أنّه لا يمكن الفسخ بعد ذلك أصلا.

أقول: يعتبر في صدق الدعوى على الغير أن يكون للمدعى به أثر فعلا أو مستقبلا، و مع عدم الأثر له كذلك لا معنى للدعوى عليه و لا- مورد فيه للمخاصمة كما إذا ذكر لصاحب المتاع انّك وهبتني و لكن لم تقبض، و كذا لا مورد للدعوى فيما إذا كانت الخصومة بنفسها موجبة للانحلال المدعى به كما إذا قالت الزوجة لزوجها أيّام عدتها الرجعية إنّك طلقتني، و قال: ما طلقتك، و من هذا القبيل إذا قال المتهب للواهب: انّك وهبتني هذا المال الذى بيدى، قال: ما وهبتك، أو قال شخص لآخر: انّك أوصيت إليّ، قال: ما أوصيتك، ففي مثل هذه الموارد لا مورد للدعوى و لا للمرافعة و رفع الخصومة إلى الحاكم للقضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۴

لو ادّعى المنكر فسق الحاكم أو الشهود و لا بينة فادعى علم المشهود له ففي توجه اليمين على نفي العلم تردد أشبهه عدم التوجه (۱) لأنّه ليس حقا لازما و لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة و لأنّه يثير فسادا.

و ما في كلمات الأصحاب في دعوى الهبة المقبوضة لم يفرضوا أنّ المدعى عليه في دعواها هو الواهب ليكون إنكاره الهبة رجوعا، بل يمكن أن يكون المدعى عليه الوارث كما لا يخفى.

نعم لو كان مع انحلال المدعى به أيضا حق للمدعى كما في دعوى البيع على صاحبه في زمان خيار صاحبه مع قبضه الثمن تكون دعوى البيع عليه إلزاما بأحد الأمرين إمّا الوفاء و إمّا ردّ الثمن.

(۱) لو ادعى المنكر على المدعى علمه بفسق الحاكم أو الشهود له، و لم يكن للمنكر بينة لإثبات فسق الحاكم عند حاكم آخر أو إثبات فسق الشهود عند الحاكم الأوّل أو الآخر فلا تسمع دعواه، أى لا يتوجّه اليمين على المدعى بأن يحلف على عدم علمه بفسقهما، و إذا لم تسمع دعوى المنكر في الفرض فلا يترتب على نكول المدعى ثبوت دعوى المنكر على القول بثبوت الدعوى بمجرّد النكول، و لا باليمين المردودة بناء على عدم كفاية نكول المدعى عليه بمجرّده في الحكم بثبوت الدعوى.

و ذكر- رحمه اللّه- في وجه عدم السماع وجهين:

الأوّل: أنّ الدعوى ليست ملزمة على المدعى بمعنى أنّه لو كان عالما بفسق الشهود أو الحاكم لا يضرّ علمه هذا باستيفاء حقه من المنكر لثبوت حقه، واقعا و لا ينافى أيضا بأنّه لو اعترف المشهود له بفسق الحاكم أو الشهود يلزم بإقراره.

الوجه الثانى: أنّ سماع دعوى المنكر علم المشهود له بالحال، يعنى فسق

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۵

و كذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمة إلى الشهادة لم يجب اجابته

الحاكم أو الشاهد يوجب الفساد، حيث إنّ السماع بلا بينة جرأة على الاستطالة على الحكام و القدح في الشهود.

أقول: لم يظهر الوجه في عدم لزوم الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الحاكم عند حكمه، لما تقدّم من أنّ المراد بلزوم أن يكون للمدعى به أثر عملي و في ما نحن فيه الأثر موجود و هو جواز امتناع المنكر عن العمل بقضائه بعدم إعطاء الحق للمشهود له أو استرداده منه ثانيا، و لذا لو اعترف المشهود له بذلك ترتب عليه هذا الأثر بلا كلام، و هكذا الحال في الدعوى على المحكوم له علمه بفسق الشهود له.

نعم يمكن أن يقال بعدم سماع دعوى الفسق على المدعى المحكوم له بلا بيّنة فإن هذا يوجب اجتراء الناس على نقض الأحكام الصادرة عن القضاء و امتناع الشهود عن الحضور للشهادة حذرا من القدح فيهم، و لو أغمض عن ذلك فلا موجب لرفع اليد في المقام عن إطلاق ما دلّ على أنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ربّما يعلّل عدم السماع في المقام بأنّه لا يمكن في المقام الحكم ببطلان القضاء الأوّل بنكول المدعى عن الحلف على عدم علمه بفسق الحاكم أو فسق الشهود له، كما لا يمكن الحكم بذلك باليمين المردودة عن المحكوم له إلى المنكر المدعى بعلم المحكوم له، و يستظهر ذلك من عبارة الماتن أيضا حيث إنّه- قدّس سرّه- لم يأت بال «فاء» في قوله لا يثبت بالنكول و لا باليمين المردودة، بل أتى بال «واو» و قال: و لا يثبت بالنكول و اليمين المردودة، و لكن التعليل ضعيف فإنّه لا مانع عن الالتزام بعد توجّه اليمين على نفى العلم بالمحكوم له أن يحكم ببطلان الحكم بنكوله أو باليمين المردودة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۶

لنهوض البينة بثبوت الحقّ (۱).

---

(۱) على المشهور، و الوجه في ذلك أنّ المدعى تثبت دعواه بالبينة، فلا يحتاج إلى ضم اليمين كما هو مقتضى التفصيل الوارد بأنّ البينة على المدعى و اليمين على المدعى عليه بعد تقييده بأنّ اليمين على المدعى عليه فيما لم يقم المدعى البينة بحقّه، و يشهد لذلك

صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الرجل يقيم البينة على حقّه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا» «۱»، و نحوها صحيحة أبى العباس «۲».

نعم فى خبر سلمة بن كهيل عن على- عليه السلام- فى آداب القضاء قوله- عليه السلام- لشريح: «و ردّ اليمين على المدعى مع بيّنته فإنّ ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء» «۳»، و لكن قد تقدم ضعف سنده، و مع الغمض عنه يحمل على الاستحباب جمعا، بل لظهور كونه أثبت للقضاء و أجلى للعمى فيه كما لا يخفى.

أمّا ما فى مكاتبة الصفار إلى أبى محمّد- عليه السلام- «هل تقبل شهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» «۴» فقد تقدم سابقا أنّها معرض عنها عند المشهور، و مع الإغماض عنه أنّها واردة فى شهادة الوصى للميت فيمكن أن يكون وجه الحاجة عدم سماع شهادة الوصى للميت، و لذا يحتاج إلى يمين المدعى أو يرفع اليد عن الإطلاق المتقدم فيما كان أحد الشاهدين للميّت وصيّه.

ثمّ إنّه لا فرق فى عدم وجوب الإجابة بين موارد دعوى الدين على المدعى عليه أو دعوى العين، كما هو مقتضى إطلاق ما تقدم.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۷۷.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۸ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۷۷.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۱۷۸.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۷

....

و عن القواعد أنّه بعد أن ذكر الحكم المزبور قال: لو التمس المنكر بعد إقامة البينة عليه استحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب إليه، و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهادة لم يلزم اجابته.

و فسّره فى الجواهر أنّ المراد بالثانى موارد دعوى العين و انّ المنكر الذى بيده العين لو التمس يمين المدعى مع بيّنته لم يلزم إجابته لأنّ البينة تثبت الملكية الفعلية للمدعى و تكون معارضة مع يد المنكر فتقدم على اليد لأنّه لا اعتبار باليد مع البينة على خلافها، و المراد بالفقرة الأولى دعوى الدين فإنّ المنكر المدعى بالبراءة عن الدين لو التمس الحلف بأن يحلف المدعى على استحقاقه الدين عليه بعد البينة بأصل الدين أجيب إليه إلحاقا للمورد بمورد الدعوى على الميت، لأنّ البينة فى المقام أيضا قد شهدت بأصل الدين، غاية الأمر فرق بينهما من جهة أخرى، و هو أنّ الدعوى على الميت تحتاج إلى اليمين مع البينة المعبّر عنها بيمين الاستظهار بلا فرق بين سؤال المدعى عليهم أم لا، بخلاف المقام فإنّ استحقاق اليمين موقوف على سؤال المنكر.

ثمّ نقل عن المبسوط ما ظاهره أنّه لو طلب المنكر الحلف على بقاء الدين و عدم سقوطه أجيب إليه، أمّا إذا طلب الحلف على أصل ثبوت الدين بأن قال أنّه برئ من الأوّل لم يلزم الجواب، و وجه الظهور أنّه تعرض الشيخ- قدّس سرّه- لكيفية حلف المدعى و المحلوف عليه فيها بقاء الدين على العهدة.

أقول: لو كان المنكر لأصل الدين مدعيا بأنّه قد أبرأه دائنه، أو أنّه اقتضى دينه فهذه دعوى على دائنه و لو لم يكن إنكاره الأوّل تكذيبا لهذه الدعوى، كما إذا اعتذر عن إنكاره بعدم البينة له بالإبراء أو الاقتضاء و اعتقاده عدم تمام البينة للمدعى يكون له استحلاف المدعى فيما إذا شهدت بينته بأصل الدين، و أمّا إذا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۱۸

و فی الإلزام بالجواب عن دعوی الإقرار تردد (۱) منشأه أنّ الإقرار لا یثبت حقا فی نفس الأمر بل إذا ثبت قضی به ظاهرا.

لم یکن مدعیا بأن قال: أنّی احتمل إبرائه عهدتی و نحوه فلا تسمع لیتوجه إلی خصمه الیمین.

و الحاصل لا یقاس المقام بالدعوی علی المیت، حیث لا یعتبر فی الدعوی علیه البینهٔ مجرّدهٔ، و التعلیل الوارد فیه فی الحاجهٔ إلی یمین المدعی مع ضعف مستنده لا یعمّ المقام، فإنّ من علیه الدین فی المقام حیّ فعلیه إقامهٔ البینهٔ علی أداء دینه کما لا یخفی.

(۱) إذا لم تکن الـدعوی علی الغیر ثبوت الحق له واقعا، بل کانت دعواه أن ذلک الغیر اعترف بأنّ له حقّ کـذا علیه أو مال کـذا بیـده فهل یتوجّه الیمین إلی الخصم فیما أنکر اعترافه أو أنّه لا تسمع الدعوی المزبورهٔ إلّا بقیام البینهٔ باعترافه بالحق؟

قیل: لا تسمع دعوی الإقرار بدونها فإنّه یعتبر فی توجه الیمین علی المنکر أن یدعی علیه الحق الواقعی و الإقرار و أن یؤخذ به المقرّ إلّا أنّه لا یقتضی ثبوت الحق واقعا، فلا تکون دعوی اعترافه اخبارا بثبوت الحق الواقعی له.

و لکن لا یخفی ما فیه، فإنّ صـدق الدعوی علی دعوی الإقرار ظاهر، حیث إنّ الخصم یؤخذ به علی تقدیر تصدیق دعوی الإقرار و قد تقـدم أنّه لا یعتبر فی المـدعی به إلّا کونه ذا أثر فیعمه قولهم- علیهما السـلام- «البینـهٔ علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه» «۱»، و یظهر ذلک عن القواعد و المسالک و الإیضاح و غیرها.

و علی ذلک فإن نکل المنکر یحکم بثبوت الحق و لو بعد ردّ الیمین علی مدعی

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب کیفیهٔ الحکم، الحدیث ۵: ۱۷۱.

و لا تفتقر صحهٔ الدعوی إلی الکشف فی النکاح و لا غیره (۱) و ربّما افتقرت إلی

إقراره سواء حلف المـدعی علی اعترافه أو علی ثبوت الحق له واقعـا، لأنّ اعتراف خصـمه طریق إلی ثبوت ذلک الحق له فیکون حلفه علیه مع العلم و إن لم یعلم الحق بسببه الواقعی، کما لا یبعـد عـدم إلزام الخصم بخصوص الحلف علی عـدم إقراره له بل یکفی حلفه علی عدم الحق علیه أو عنده.

و هذا نظیر ما یقال: إنّه إذا ادعی علیه الاقتراض أو البیع منه نسیهٔ لیثبت اشتغال ذمته یجوز له الحلف علی براءهٔ ذمته.

لاـ یقـال: إذا کـان مقترضـا أو مشتریـا، و لکن قـد أدی ما علیه یتعین الحلف علی البراءهٔ، و لا یجوز له الحلف علی عـدم الاقتراض أو الشـراء، فإنّه یقال: قـد ذکر فی بحث حرمـهٔ الکـذب الکلام فی جواز الکـذب و الحلف کاذبا لـدفع الضـرر عن نفسه و ماله و عرضه، فیدخل المقام فی تلک الکبری.

(۱) ذکر- قـدّس سرّه- أنّه لا یتوقف سـماع الدعوی بلزوم مطالبهٔ الجواب عن الخصم و توجّه الیمین إلیه مع إنکاره علی الکشف عن خصوصیات المدعی به.

و قـال فی الجواهر فی ذیـل ذلک: لا یتوقف سـماع دعوی الملک علی بیان سـببه سواء ادعی العین أو الـدین بلا خلاف، بل الإجماع علی قسـمیه علی ذلـک، بـل قیـل انّه لا خلاف فی ذلک عنـد العامـهٔ أیضا، و کـذا إذا کان المـدعی به النکاح أو غیره من العقود بأن یتوقف سـماع دعوی النکاح أو الزوجیـهٔ علی الکشف عن خصوصـیاته بأن یقول وقع فی زمان کذا و مکان کذا بعقد دائم فی حضور فلان و فلان و نحو ذلک، بلا خلاف عنـدنا، و عن الشافعی الحاجهٔ إلی الکشف فی النکاح مطلقا فی وجه و فی وجه آخر یحتاج إلی الکشف فیما کان المدعی به الزوجیهٔ، أمّا إذا کان النکاح فلا یحتاج، و عن بعض أصحابه أنّ الکشف

ذلک فی دعوی القتل (۱) لأنّ فائته لا یستدرک.

مستحب، و عن بعض آخر من أصحابه أنّ الحاجة إلی الکشف فیما کان المدعی به النکاح حدوثا و أمّا إذا ادّعی بقائه فلا یفتقر إلی الکشف. و للشافعی أیضا قول بالاحتیاج إلی الکشف فی غیر النکاح من العقود مطلقا، و فی وجه آخر فیما إذا کانت الدعوی متعلقة بالجاریة و ذلک للاحتیاط فی الفروج.

أقول: صدق الدعوی علی الغیر التی تکون البینة فیها علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه لا تتوقف علی الکشف، و التفصیل فی دعوی الملک من غیر فرق بین دعوی العین أو الدین، و کذا غیر الملک، إلّا أنّه یلزم أن تکون الدعوی متضمنة بما یطالب الآخر به أو سقوط ما کان للآخر علیه، و علی ذلک فمجرّد قول المرأة أنّها زوجة فلان من غیر أن تتضمن مطالبتها بصداقها أو غیره لا یحسب أنّها دعوی علی الرجل، حیث تحتمل الزوجیة الانقطاع، و معه لا یکون مجرّد الکشف عنها مطالبة الرجل بشیء، نعم لا یعتبر أن یکون الکشف قبل سؤال الحاکم أو إرشاده بأنّ الدعوی أن یقول إنسان شیئا یطالب خصمه به، و هذا بخلاف دعوی الرجل زوجیة امرأة فإن دعواها تتضمن مطالبة المرأة بحق الاستمتاع منها.

(۱) ظاهر کلامه- قدّس سرّه- أنّه قد یفتقر سماع الدعوی فی القتل إلی الکشف عن الخصوصیات و علّله بأنّ فائته لا یستدرک، و أضاف علیه فی الجواهر اختلاف أسبابه قیل فلا بدّ من وصف القتل بالعمد أو الخطأ و بأنّه قتله وحده أو مع غیره بالمباشرة أو التسبیب، و حکی عن المبسوط الاتفاق علی ذلک، و قال إن لم یثبت الإجماع علی ذلک فلا یخلو اعتبار الکشف عن الإشکال لأنّ الاعتبار و عدم سماع الدعوی قد یوجب ذهاب دم امرئ مسلم، کما إذا نسی المدعی الخصوصیة أو لم یتعرض لها لتردده فیها.

بل قد یقال: إذا أحرز القتل فیمکن إحراز کونه خطأ بالأصل، و لذا قال

و لو اقتصرت علی قولها هذا زوجی کفی فی دعوی النکاح و لا یفتقر ذلک إلی دعوی شیء من حقوق الزوجیة لأنّ ذلک یتضمن دعوی لوازم الزوجیة (۱) و لو أنکر

فی الدروس و المصنّف فی کتاب القصاص الأقرب الاکتفاء فی دعوی القتل بعدم التفصیل و کما عن الأردبیلی- قدّس سرّه-، بل ربّما یظهر من المصنّف- رحمه اللّه- فی المقام التأمّل فی إطلاق اعتبار التفصیل، حیث عبّر بکلمة ربّما افتقرت إلی ذلک فی دعوی القتل، و علی الجملة لا فرق بین دعوی القتل و غیره و أنّه إذا فرض عدم ترتب أثر علی الکلی فی غیره أیضا لم تسمع الدعوی به و إلّا سمعت.

أقول: ما ذکره- قدّس سرّه- أخیرا لعلّه ما ذکرناه فی ذیل قول الماتن- قدّس سرّه- و لا یفتقر صحّة الدعوی إلی الکشف فی النکاح.

(۱) ذکر- قدّس سرّه- أنّه لو قالت المرأة فی مقام الدعوی أنّ هذا زوجی لکفی فی السماع و لا یتوقف علی شیء من حقوق الزوجیة، لأنّ قولها هذا زوجی یتضمن المطالبة بتلک الحقوق، و لا یخفی أنّ هذا ما ذکرنا سابقا من اعتبار ظهور الدعوی فی مطالبة الآخر بحق أو مطالبته برفع الید عمّا کان له من الحق سواء أ کان هذا بالذکر فی الدعوی أم بقرینة المقام، هذا فی قول الزوجة، أمّا إذا ادّعی الرجل زوجیة امرأة فقد تقدم أنّ قوله: هذه زوجتی، یکون بمجرّده دعوی علیها.

و کیف ما کان فقد ذکر- قدّس سرّه- کما علیه المشهور فی کلامهم: أنّ الرجل إذا أنکر کونه زوجا لها یتوجّه إلیه الیمین مع عدم البینة للمرأة کما هو الفرض، و إنّه لو حلف علی عدم الزوجیة سقطت دعواها و لو نکل یحکم بکونه زوجا لها بناء علی أنّ النکول کاف فی الحکم فی ثبوت المدعی به. و علی القول الآخر یرد الیمین علی المرأة و یحکم بثبوت دعواها بحلفها، و کذا الکلام فیما کان الرجل مدعیا بأن قال: هذه زوجتی، و أنکرتها المرأة، فتتوجه الیمین علی المرأة، فإن حلفت سقطت دعواه، و إن نکلت یحکم

بثبوت الزوجية بمجرّد النكول أو مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۲

النكاح لزمه اليمين و لو نكل قضى عليه على القول بالنكول و على القول الآخر يرد

حلف الرجل بردّ اليمين عليه على القولين، و عن العلّامة فى التحرير: أنّه لو حلفت المرأة على الزوجية يشكل القول بجواز تمكين الرجل منها لإقرار الرجل بحرمة ذلك عليه و أنّها ليست بزوجته و من حكم الحاكم بالزوجية.

أقول: يجرى الإشكال فيما إذا كان الرجل مدعيا و إنّه لا يجوز للمرأة تمكين الرجل من نفسها لاعترافها بأنّه أجنبى.

و ذكر فى الجواهر فى ذيل كون الرجل مدعيا و المرأة منكرة أنّ مع الحكم بثبوت الزوجية بمجرّد نكولها أو مع اليمين المردودة على الرجل أنّه يثبت على الرجل المهر بوطئها إن قهرها أو قلنا بوجوب التمكين عليها مع حكم الحاكم بالزوجية، أو كانت المرأة معتقدة بوجوب التمكين مع الحكم و انّ المرأة لا تستحق شيئا بدون الوطى لاعترافها بعدم استحقاقها بشىء من المهر بدون الوطى، و فى كشف اللثام يجب فى هذا الفرض يعنى كون الرجل مدعيا نفقتها عليه لحبس المرأة على الرجل، و قال: و فيه نظر، انتهى.

و لا يخفى أنّه لو كانت هى المدعية للزوجية و أثبتها بالنكول أو اليمين المردودة عليها يجوز لها إلزام الزوج بنفقتها لكونها زوجة بزعمها و اثبتتها بالحكم و المفروض تمكينها من الرجل، و هذا تمام الموضوع للزوم النفقة على الزوج.

بخلاف ما إذا كان الرجل مدعيا لها و أثبتها بنكولها أو باليمين المردودة عليه، فإنّه لا يجوز لها إلزام الرجل بنفقتها لاعترافها بأنّها لا تستحق النفقة عليه، و مجرّد حبسها عليه لا يوجب الفرق بين المهر مع عدم الدخول و بين نفقتها، فإنّها كما لا تستحق مع عدم الدخول المهر أخذا باعترافها كذلك الأمر فى نفقتها و لو مع الجبر عليها بالدخول، و الأمر فى ميراثها من زوجها كذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۳

اليمين عليها فإذا حلفت ثبت الزوجية و كذا السياق لو كان هو المدعى.

ثمّ إنّ الاشكال فى الميراث و جواز التمكين و المطالبة بالنفقة تجرى حتى فيما إذا أثبت المدعى بالزوجية الزوجية بالبينة، كما يظهر وجهه للمتأمّل.

و ظاهر كلماتهم كما ذكرنا سابقا و يظهر من كلام الماتن- قدّس سرّه- أيضا أنّ اليمين فيما إذا توجهت على المدعى عليه فله ردّها على المدعى، فإن حلف ثبتت دعواه، و إلّا سقطت، و إنّه إذا لم يحلف المدعى عليه و لم يردّها على المدعى يحكم بثبوت الدعوى أيضا بالنكول أو باليمين المردودة من قبل الحاكم بلا فرق بين دعوى الماليات أو الأعراض و النفوس و الأطراف. بل عن بعض دعوى عدم الخلاف أو اتفاق الأصحاب عليه.

و يستدل على ذلك بعدة روايات، منها صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما- عليه السلام- «فى الرجل يدّعى و لا بينة له؟ قال: يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له» «۱»، و نحوها معتبرة عبيد بن زرارة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «فى الرجل يدّعى عليه الحق و لا بينة للمدعى؟ قال: يستحلف أو يردّ اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له» «۲»، فإنّ مقتضى الإطلاق فيها عدم الفرق بين كون الحق مالا أو غيره، و فى صحيحة هشام عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «تردّ اليمين على المدعى» «۳».

و قد ذكرنا سابقا أنّ المراد بالحق فى مثلها دعوى المال دينا أو حتى عينا بقرينة أمرين:

أحدهما: كثرة ارادة المال من الحق عند إطلاقها، كما فى جملة من الروايات الواردة فى ثبوت دعوى الحق بشاهد و يمين، و ما ورد فى الدعوى على الميت كرواية

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۶.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۲: ۱۷۶.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۳: ۱۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۴

و لو ادعی أنّ هذه بنت أمته لم تسمع (۱) دعواه لاحتمال أن تلد فی ملک غیره

عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه المتقدمة «۱»، و نظیر مرسلة أبان عن رجل عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- «فی الرجل یدعی علیه الحق و لیس لصاحب الحق بینة؟ قال:

یستحلف المدعی علیه فإن أبی أن یحلف و قال: أنا أرد الیمین علیک لصاحب الحق فإنّ ذلک واجب علی صاحب الحق أن یحلف و یأخذ ماله» «۲». و لا- یحتاج فی إثبات کون إطلاق الحق یراد به المال إلی ملاحظة السند فی الروایات الدالة علیه کما یظهر وجهه للمتأمّل، فإن تعارف الاستعمال لا یحتاج إلی ثبوت وثاقة الراوی.

و ثانیهما: و هو العمدة ظهور بعض الروایات کمعتبرة عبید بن زرارة فی تخییر المدعی علیه بین الحلف و الرد، و لا- یمکن الالتزام بذلک إلّا فی مثل المالیات، فإن رد الیمین من المنکر لقتل العمد علی مدعیه ممّا لا یحتمل جوازه، و کذا فی موارد دعوی الزوجیة المأمور کل من المتخاصمین بحفظ الفرج. و علی ذلک فلا یبعد الالتزام باختصاص مسألة ردّ الیمین إلی الدعاوی المالیة و فی غیرها مع إباء المنکر عن الیمین یجبر علی الإقرار أو الحلف، و مع عدم إمکانه یقف القضاء، و لو قیل بإطلاق ردّ الیمین فلا ینبغی التأمّل فی عدم جواز ردّها علی المدعی من المنکر العالم بالحال فی الموارد المشار إلیها.

(۱) ذکر أنّه لا تسمع الدعوی فیما إذا قال هذه بنت أمته، فإنّ القول المزبور لا یعدّ دعوی بملکیة البنت لاحتمال کونها بنت لأمته و لم تکن مملوکة له، کما إذا صارت أمّها ملکا له بعد أن تلدها فی ملک غیره، و کذا لا تسمع الدعوی بأنّها ولدتها فی ملکه لاحتمال کون البنت حرة، کما إذا وطئها حرّ شبهة أو بالتحلیل أو ملکا لغیره و لو بالشرط فی شراء أمّها أو غیر ذلک.

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۷ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۵: ۱۷۶.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۵

ثم تصیر له و کذا لو قال ولدتها فی ملکی لاحتمال أن تکون حرة و ملکا لغیره و کذا لا تسمع البینة بذلک ما لم یصرّح بأنّ البنت ملکه و کذا البینة.

و الحاصل سماع دعوی ملک البنت یحتاج إلی ذکر أنّ البنت ملکه، و کذا یعتبر فی سماع البینة بملک البنت تصریح الشهود بأنّ البنت ملکه و مثل القول فی بنت الأمة القول فی ثمرة النخل، و لو قال هذه مشیرا إلی ما فی الخارج ثمرة نخلی لا تسمع ما لم یذکر أنّها ملکی، و کذلک الأمر فی الإقرار فإنّه إذا اعترف بأنّ ما بیده ثمرة نخل فلان، أو أنّ هذه البنت بنت المملوکة لفلان فلا یلزم بأنّ الثمرة أو البنت بیده ملک الغیر، و هذا فیما فسّر إقراره بنحو لا ینافی کون الثمرة أو البنت ملکا لنفسه و لیس کذلک الاعتراف بأنّ الغزل بیده من قطن فلان أو الدقیق بیده من حنطة فلان، فإنّه یلزم باعترافه و یحکم بأنّ الغزل أو الدقیق لفلان، و الفرق أنّ الغزل أو الدقیق نفس القطن و الحنطة قد تغیّر وصفهما بخلاف الثمرة فإنّه من النماء المنفصل و کذا بنت الأمة.

أقول: ينبغى التعرض لأمور تتعلّق بكلامه- قدّس سرّه-:

الأوّل: ما ذكره أنّها لا يسمع قوله فيما كذا قال مشيرا إلى البنت ولدتها أمّها فى ملكى، فإنّه نقل فى الجواهر عن لقطة المبسوط و التذكرة سماع الدعوى و البينة، بل فى التذكرة دعوى الإجماع عليه، و ذكر فى وجه السماع و لعلّه لأصالة تبعيّة النماء للأصل و لكن هذا الأصل يعتمد عليه مع عدم يد الآخر على النماء حيث لا اعتبار للأصل المزبور و لا بغيره ممّا هو أقوى من هذا الأصل، و كلام الأصحاب فى المقام فى الدعوى على الآخر فيكون المفروض فى كلامهم كون البنت بيد الآخر، و لا يقاس بباب اللقطة المفروض فيه عدم اليد لآخر أو اعترافه بأنّ ما بيده ليس ملكا له.

أقول: انقطاع الأصل المزبور بقاعدة اليد يوجب أن يكون صاحب اليد هو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۶

و مثله لو قال هذه ثمرة نخلى و كذا لو أقر له من الثمرة فى يده أو بنت

المدعى عليه، و من قال للآخر: ما بيدك من البنت ولدتها أمها فى ملكى مدّعيا، لا أن لا تسمع دعواه، و على الجملة لو كان لقوله فى مقام الدعوى هذه البنت ولدتها أمّها فى ملكى ظهور فى دعوى ملكيته البنت لمالك الأم كما هو المفروض فاللازم سماع الدعوى، بل الأمر كذلك لو قال فى مقام الدعوى أنّها بنت أمته و أن لم يكن هذا الظهور بأن لم يكن القول المزبور فى ذلك المقام، كما إذا كانت البنت بيده و قال ذلك جوابا عمّن يدعى ملكيّة البنت يكون ظاهره الإنكار، و قد تقدم أنّه لا يعتبر فى سماع الدعوى و ترتيب ما يترتب عليها إلّا ظهور قوله فى الدعوى على الغير و لو كان الظهور بقرينة المقام.

الثانى: أنّه قد قيد الماتن- قدّس سرّه- عدم سماع الإقرار بأنّ ما بيده من الثمرة ثمرة نخل فلان أو البنت بنت المملوكة لفلان بما إذا فسّر المقرّ قوله بما لا ينافى مالكيته نفسه للثمرة و البنت، و مقتضاه أنّه إذا لم يفسّر المقرّ قوله يكون إقرارا بملكيّة الغير للثمرة أو البنت. و عليه فيشكل الأمر بين كونهما بيد الغير و قال: أنّها ثمرة نخلى أو بنت مملوكتى فلا تسمع لأنّه لا يكون دعوى على الغير و بين كونهما بيده و قال الثمرة لنخل زيد أو البنت بنت أمة زيد فيحسب مع عدم التفسير إقرارا على نفسه، مع أنّه لو اعتبر الظهور لاعتبر فى كلا المقامين و ان اشترط التصريح لم يقيد عدم سماع الإقرار بصورة التفسير بل لا يسمع مطلقا كعدم سماع الدعوى.

و قد تعرّض للإشكال فى المسالك و ذكر أنّ العلّامة فى القواعد و التحرير تبع المصنّف- رحمه اللّه- فى تقييد الإقرار، و أجاب فى الجواهر عن الإشكال بأنّه لا يظهر من عبارة المصنف أو العلّامة اعتبار التفسير بنحو التقييد فى عدم سماع الإقرار بأنّ يعقب قوله هذه ثمرة نخلتك بقوله و لكنها ملكى بلا فصل، بحيث لو

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۷

المملوكة لم يحكم عليه بالإقرار لو فسره بما ينافى الملك و لا كذا لو قال هذا الغزل من قطن فلان أو هذا الدقيق من حنطته.

فسّره بقوله و لكنها ملكى بعد حين لم يسمع التفسير لأنّه من الإنكار بعد الإقرار، بل المراد أنّه لا يحكم على القول المزبور بأنّه إقرار و لو فسّره بعد حين بما لا ينافى الملك و ليس ذلك إلّا لعدم كونه إقرارا بملك الغير فى نفسه.

أقول: ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- فى الغزل و الحنطة قرينة واضحة على كون مراده من التفسير غير صورة عدم التعقيب بلا فصل و إنّه لا يكون إقرارا مطلقا.

الثالث: أنّه- قدّس سرّه- ذكر أنّ هذا الغزل من قطن زيد أو هذا الدقيق من حنطته يسمع و يلزم بالإقرار، و لكن لا بدّ من حمل ذلك على صورة عدم تعقيبه بلا فصل بما لا ينافى ملكيته نفسه، كأن يقول: قطن فلان أى اشتريته منه، و كذا فى الحنطة، و هذا ما ذكرنا أنّ ما ذكره فى الغزل و الدقيق قرينة على أنّ المراد من التفسير فى الثمرة و البنت صورة عدم التعقيب.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۸

[الفصل الثانی فی التوصل إلی الحقّ]

اشارة

الفصل الثانی فی التوصل إلی الحقّ (۱) من کانت دعواه عینا فی ید انسان فله انتزاعها و لو قهرا ما لم تثر فتنة

---

(۱) قد ذکر تقسیم الحق إلی العقوبة و المال، فالأوّل کالقصاص و حدّ القذف، و ادعی أنّ الاستیفاء فی الأوّل یحتاج إلی مراجعة القاضی و الحاکم، لعظم خطره و الاحتیاط فیه و إنّ استیفائه من وظیفة الحاکم علی ما تقتضیه السیاسة و زجر الناس.

و فی الکفایة لا أعرف فی ذلک خلافا، و فی الجواهر أنّ إطلاق السلطان علی ولی الدم فی قوله سبحانه وَ مَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً «۱» و تسلّط الناس علی استیفاء حقوقهم إسقاطا و استیفاء یقتضی عدم اعتبار الرفع إلی الحاکم مع معلومیة الحال و إقرار من علیه الحق، کما یقتضی أنّ المباشر للاستیفاء من له الحق لا الحاکم.

أقول: یأتی فی باب الحدود أنّ اجراء الحد من وظیفة الحاکم لا فرق بین کونه

---

(۱) الإسراء: ۳۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۲۹

و لا یقف ذلک علی اذن الحاکم نعم لو کان الحقّ دینا و کان الغریم مقرّا باذلا لم

من حق الناس کالقذف أو غیره لإطلاق بعض ما ورد فیه، بل یظهر من بعض الروایات أنّ حق القصاص أیضا کذلک، فیکون المراد من سلطنة ولی الدم اتباع نظره فی الاستیفاء و الاسقاط، کما هو کذلک فی حق القذف أیضا، نعم قد ورد فی بعض الحدود الترخیص للکلّ فی إجرائها مع کونها من حدود اللّه سبحانه کالحد فی سب النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم و سائر المعصومین- علیهم السلام-، و کذا فی حد ارتداد الرجل عن فطرة، و تمام الکلام فی محلّه، و الکلام فی المقام فی الحق المالی.

فقد ذکر الماتن- قدّس سرّه- کغیره أنّ من کانت دعواه عینا بید الغیر مع اعتراف ذلک الغیر بأنّها له أو مع عدم اعترافه یجوز للمدعی أخذها منه قهرا ما لم تکن فتنة، و لا یحتاج الأخذ إلی الاذن من الحاکم الشرعی، و ربّما قیل و إن استلزم الأخذ ضررا علی المأخوذ منه کتمزیق ثوبه و کسر القفل و نحو ذلک، بل و إن أثار فتنة بنحو لا تصل مرتبة یمکن معها دعوی العلم من مذاق الشارع بعدم جواز فعل یترتب علیه الفساد المزبور، حتی ما إذا کان الفعل مع قطع النظر عن هذا الترتب من المباح أو المستحب بل الواجب، و لا یعتبر أن یکون ترتب الفساد المزبور بنحو المعلومیة، بل یکفی فی عدم الجواز کونه مظنة لذلک الفساد، کما یظهر ذلک ممّا ورد فی بیع الوقف أنّه حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال و ربّما یشیر إلیه قوله سبحانه إِلّا تَفْعَلُوهُ تَکُنْ فِتْنَةٌ فِی الْأَرْضِ وَ فَسادٌ کَبِیرٌ «۱».

أقول: إذا کان من بیده المال معترفا بأنّ المال له أو علی علم بأنّه له فلا ینبغی التأمّل فی جواز الأخذ و لو قهرا علیه و ان استلزم ذلک الضرر علی الممسک بالمال بلا حق لسقوط حرمة ما یتلف علیه فی الأخذ المزبور، بل یجوز الأخذ بأی ضرر علیه فیما إذا کان ذلک للدفاع عن ماله کما إذا توقف الأخذ علی ذلک.

(۱) الإنفاق: ۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۰

يستقل المدعى بانتزاعه (۱) من دون الحاكم لأنّ للغريم تخيّرا فى جهات القضاء فلا يتعين الحق فى شىء من دون تعيينه أو تعيين الحاكم مع امتناعه.

و أمّا إذا لم يكن المأخوذ منه معترفا و لا عالما بأنّ المال بيده للغير فإن أمكن أخذ ماله من يد الممسك به من غير أن يستلزم التصرّف فى مال آخر للممسك أو ضرر عليه جاز الأخذ لأنّه سلطان ماله، أمّا إذا استلزم ذلك التصرّف أو الضرر بكسر قفله و نحوه ففى جواز الأخذ مع إمكان المراجعة إلى الحاكم و الأخذ بقضائه و لو كان جائرا إشكال، لعدم اضطراره إلى التصرّف المحرم لترتفع حرمته.

نعم لا تبعد المقاصة فى الفرض من ماله لإطلاق بعض الروايات الواردة كصحيحة أبى العباس البقباق «أنّ شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف الذى أخذ منك فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبى عبد اللّه- عليه السلام- فذكر له ذلك، فقال: أمّا أنا فأحب أن تأخذ و تحلف» «۱». فإنّها تعم صورة كون الألف الذاهب عينا أو دينا، كما تعم صورة بقاء الألف و عدمه. و فى صحيحة داود ابن رزين قال: «قلت لأبى الحسن موسى- عليه السلام-: أنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها و الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» «۲» فإنّها تعم صورة إمكان الأخذ بماله بالقضاء و عدمه.

(۱) يملك الدائن فى موارد الدين المال على ذمة المدين، و انطباق ما فى ذمته على المال الخارجى يتوقف على قصد الدافع بالمال المدفوع خارجا أداء ما بذمة المدين سواء كان الدافع هو المدين أو وكيله أو وليّه أو المتبرع، و يتعين المال

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۲: ۲۰۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۰۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۱

و لو كان المدين جاحدا و للغريم بينة يثبت عند الحاكم و الوصول إليه ممكن

المدفوع فى الأداء بقبض الدائن مباشرة أو توكيلا أو ولاية أو اجازة الدائن القبض الواقع فضولا.

و على الجملة: يكون أداء الدين و تعيّنه فى المال الخارجى بقصد الأداء من الدافع و قبض المستحق كما ذكر، حيث إنّ أداء الدين من العناوين القصدية، فلا يتحقق إلّا بالقصد من الدافع و القبض من المستحق.

نعم لو قام دليل فى مورد على تعيين ما على العهدة بمجرّد العزل بدون قبض المستحق كتعيّن زكاة الفطرة بالعزل يؤخذ به فى مورد دلالته، و ربّما احتمل بعضهم فى تعيّن أداء الدين فى القبض الخارجى قصد المستحق أيضا التسلّم بأن يلتفت حين القبض أنّ الدفع إليه بعنوان الوفاء بالدين، و مع عدم التفاته يشكل الالتزام بالوفاء، و لكن الصحيح عدم اعتبار ذلك بل الملاك فى تحققه قبضه، و يشهد لذلك صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن- عليه السلام- «فى الرجل يكون عند بعض أهل بيته المال لا تنام فيدفعه إليه إلى أن قال: هل يجزيه أن يدفعه إلى صاحبه على وجه الصلة و لا يعلمه أنّه أخذ له مالا فقال: يجزيه» بل الالتزام بعدم اعتبار قصد القابض لا يحتاج إلى الاحتجاج بها، لصدق الوفاء بالدين بدونه عرفا.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لو وقع بيد الدائن مال من المدين، و لو كان من جنس ما على عهدة المدين، و بمقداره لا يتعيّن الدين فى ذلك المال، و لو مع قصد الدائن تملكه بعنوان الأخذ بدينه نعم لو فعل ذلك و أجاز المديون يتحقق بإجازته وفاء ما عليه من الدين لجريان الفضولية فى القبض أيضا كما ذكر فى محلّه. و على ذلك ففيما إذا كان أداء الدين بمال المدين فلا بدّ من تصديه مباشرة أو توكيلا أو يتصدى بذلك من له ولاية عليه، كما إذا كان المدين غائبا أو ممتنعا فإنّ للحاكم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۲

ففى جواز الأخذ تردد أشبهه الجواز و هو الذى ذكره الشيخ فى الخلاف و المبسوط،

الولاية على الغائب و الممتنع، هذا بحسب القاعدة الأولية.

و لكن وردت روايات بجواز تقاص الدائن دينه من مال المدين إذا وقع بيده، و الكلام فى مقدار دلالة تلك الروايات، و لا ينبغى التأمّل فى أنّه إذا كان المدين معترفا بالدين و باذلا له فلا يجوز التقاص ممّا يقع بيد الدائن من ماله، بل لو فرض فى هذا الفرض عذر للمدين كالغيبة و الحبس تصدى لأداء دينه الحاكم، و هذه الصورة خارجة عن الروايات المشار إليها.

كما أنّه لا ينبغى التأمّل فى جواز التقاص فيما إذا جحد المدين على دائنه الدين، فامتنع عن أدائه، فإنّ هذا الفرض مدلولها تعيينا، و فى معتبرة أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: قلت له: رجل كان له على رجل مال فجحده إياه و ذهب به ثم صار بعد ذلك للرجل الذى ذهب بماله مال قبله أ يأخذه مكان ماله الذى ذهب به منه ذلك الرجل؟ قال: نعم» «۱».

نعم تأمّل بعضهم فى شمولها لما إذا كان المدين معترفا بالدين و لكن يمتنع عن أدائه و لو بالمماطلة اللاحقة بالامتناع، أو كان جاحدا و لكن للدائن بينة بدينه فيمكن له استيفاء الدين بالمحاكمة إلى الحاكم، و لكن الأظهر جواز التقاص فى الصورتين لإطلاق بعض الروايات أمّا بالإضافة إلى الامتناع كصحيحة أبى البقباق المتقدمة فإنّها بإطلاقها تعمّ الامتناع عن الأداء كما لا يخفى و أمّا بالإضافة إلى صورة جحوده و لو مع البينة للدائن فإطلاق معتبرة أبى بكر المتقدمة. و فى خبر جميل بن دراج «قال: سألت أبا عبد اللّه عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۵: ۲۰۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۳

و عليه دلّ عموم الاذن فى الاقتصاص، و لو لم يكن له بينة أو تعذر الوصول إلى

قال: نعم» «۱».

و أمّا الصورة الخامسة: فهى ما إذا كان امتناع المدين عن الأداء بحقّ، كما إذا لم يعلم ثبوت المال على عهدته، فإنّه يقال بعدم جواز التقاص فى الفرض بل يترافعان، و لكن لا يخفى أنّ إطلاق صحيحة أبى البقباق يشمل الفرض أيضا لصدق أنّه ذهب ألف أو غيره من ماله، كما يصدق فى صورتى الجحود و الامتناع عن ظلم، فإنّ عدم العلم بالدين عليه لنسيانه أو اعتقاده الأداء و نحو ذلك لا يمنع عن صدق الحق.

لا يقال: لو فرض الإطلاق فيما دلّ على جواز التقاص يرفع اليد عنه بالأخبار الواردة بالمراجعة إلى من نصبه- عليهم السلام- قاضيا و لو فرض التعارض بين الطائفتين بالعموم وجه لخروج صورتى الجحود و الامتناع عن ظلم عن مدلول تلك الأخبار لعدم الجهل فيهما بالحكم أو الموضوع ليرفع إلى من يعلم من قضاياهم- عليهم السلام- و خروج غير الماليات عن مدلول الأخبار الواردة فى التقاص، و يجتمعان فى صورة الامتناع عن الأداء بحق فى الماليات يرجع بعد سقوط الإطلاق من الجانبين إلى ما دلّ على عدم جواز التصرّف فى

مال الغير و تملّكه بلا رضا مالكه، خصوصا إذا كان للدائن بينة بالدين على الممتنع المزبور.

أقول: يمكن المناقشة فيما ذكر بأنّ الأخبار الواردة فى الأمر بالمراجعة إلى من يعلم قضاياهم- عليهما السلام- فى مقام بيان طريق الوصول إلى الحق و فصل الخصومة فى مقابل النهى عن المراجعة و المرافعة إلى قضاة الجور، و أنّه لا- يجوز الوصول إلى الحق و فصل الخصومة بالمراجعة إليهم.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱۰: ۲۰۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۴

الحاكم و وجد الغريم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستيفاء (۱) نعم لو كان المال وديعة عنده ففى جواز الاقتصاص تردد أشبهه الكراهة، و لو كان المال من غير الجنس الموجود جاز أخذه بالقيمة العدل و يسقط اعتبار رضا المالك بإلطاله كما يسقط اعتبار رضاه فى الجنس.

أمّا إذا كان للوصول إلى الحق طريق آخر غير المراجعة إلى أولئك القضاة فلا تكون هذه الأخبار ناظرة إلى هذه الصورة، خصوصا فيما إذا كان صاحب الحق عالما بأنّه لا يصل إلى حقه بالمراجعة إلى القضاء لعدم الشاهد بدينه على الغير، و الإطلاق فى أخبار جواز التقاص تعيّن طريق الوصول إلى حقّه فيما إذا وقع مال من عليه الحق بيده أضف إلى ذلك صدق الجحود فى بعض موارد الامتناع بغير عدوان، كما إذا نسى الاستدانة أو اعتقد الأداء كما لا يخفى.

(۱) يجوز الاقتصاص على ما تقدم فيما إذا كان ما وقع بيده من مال المدين من جنس ما عليه و لا خلاف فى ذلك، إلّا إذا كان ما وقع بيده من مال المدين وديعة، فإنّه قد ذكر بعضهم أنّه لا يقتص من مال الوديعة، و اعتمدوا فى ذلك على بعض الروايات المانعة عن الاقتصاص من الوديعة كصحيحة معاوية بن عمّار عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: قلت له: الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا أ لى أن آخذ مالى عنده؟ قال: لا هذه الخيانة» «۱» و نحوها غيرها.

و لكن لا بدّ من حملها على الكراهة بقرينة صحيحة أبى البقباق المتقدمة المجوزة للاقتصاص من الوديعة. و أمّا إذا كان المال الواقع بيده من غير جنس المدين فيجوز الاقتصاص منه أيضا استقلالا، كما هو ظاهر المصنّف أيضا.

و لكن ربّما يقال إنّه لا بدّ فى جواز الاقتصاص من غير الجنس من الاستئذان

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱۱: ۲۰۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۵

و يجوز أن يتولى بيعها (۱) و قبض دينه من ثمنها دفعا لمشقة التربص بها و لو تلف قبل البيع قال الشيخ الأليق بمذهبنا أنّه لا يضمنها و الوجه الضمان لأنّه قبض لم يأذن فيه المالك (۲) و يتقاصان بقيمتها مع التلف.

من الحاكم الشرعى، حيث إنّه ولىّ الجاحد و الممتنع، و لكن لا يخفى ضعفه لأنّ مع اذن الشارع فى الاقتصاص و لو من غير الجنس، كما هو ظاهر صحيحة داود بن رزين الواردة فى الاقتصاص ممّا أخذوا منه من الجارية و الدابة الفارهة و الإطلاق فى معتبرة أبى بكر الحضرمى لا- حاجة إلى الاستئذان من المالك أو الولى، و على ذلك لو كان المأخوذ أزيد فى ماليته ممّا ذهب منه فاللازم إيصال الباقى الزائد من حقه إلى مالكه بأى وسيلة، ففى صحيحة داود بن رزين «خذ مثل ذلك و لا تزد عليه» «۱»، و فى رواية على بن سليمان «و يسلم الباقى إليه إن شاء اللّه» «۲».

(۱) جواز بيع المال و التقاص من ثمنه مقتضى الإطلاق فى بعض الروايات كالتى ورد فى صحيحة داود بن رزين «ثم يقع لهم عندى المال فلى أن أخذه؟ قال:

خذ مثل ذلك و لا تزد عليه»، فإنّ مقتضى تجويز أخذ المثل فيما كان المال الواقع بيده متاعا بيعه، و الأخذ من ثمنه بمقدار قيمة ما أخذ منه كالدابة أو الجارية.

(۲) إذا قبض المال من غريمه عارية أو وديعة و نحوهما ممّا لا ضمان فيها، ثم بدا له فى التقاص فالأظهر عدم الضمان، أخذا بما دل على عدم الضمان فيها، و المفروض أنّ ما بدا له من المقاصة ليست خيانة حيث إنّ الشارع قد أذن فيها.

نعم إذا أخذه من الأوّل بقصد المقاصة من المأخوذ فيمكن أن يناقش فى تحقق تلك لعناوين، بل المأخوذ يكون أشبه بالمقبوض بالسوم، فإنّ رضا الشارع بالأخذ كرضا المالك بالأخذ فى المأخوذ بالسوم فى أنّه لا يمنع عن الضمان.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۰۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۹: ۲۰۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۶

[مسألتان]

اشارة

مسألتان:

[الاولى: من ادّعى مالا لا يد لأحد عليه قضى له]

الاولى: من ادّعى مالا لا يد لأحد عليه قضى له (۱) و من بابه أن يكون كيس

بقى فى المقام أمر و هو أنّ جواز التقاص لا يختص بالتقاص مباشرة، فيجوز أن يوكّل غيره فيه، لأنّ فعل الوكيل يستند إلى الموكّل، فيكون أخذه أخذا منه، و لكن الوكيل لا بدّ له من إحراز أنّ لموكّله حقا ليجوز له التقاص و أصالة الصحّة فى التوكيل تجرى بعد إحراز ولاية الموكّل على التقاص، و لا- تثبت بها ولاية الموكّل، و يجوز التقاص للولى أيضا، فلو كان للصغير أو المجنون مال عند آخر فجحده أو امتنع عن الأداء و الرد جاز التقاص لوليهما، حيث إنّ كل فعل لا يمكن أن يقوم به المالك لصغره و جنونه يقوم به وليه، و لا تبعد دعوى أنّ ما فى صحيحة داود بن رزين من قوله «إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فيأخذونها» «۱»، يعم ما إذا كانت عنده ما أخذوه مال موكله أو المولى عليه، و ممّا ذكرنا يظهر أنّه يجوز للحاكم الشرعى المقاصة من مال الممتنع عن أداء الحقوق الواجبة عليه و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) ذكروا ذلك، و يستدل عليه مضافا إلى أنّ سماع دعوى بلا معارض بسيرة العقلاء، و بصحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قلت:

عشرة كانوا جلوسا وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضها أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلّهم: لا، و قال واحد منهم: هو لى، فلمن هو؟ قال: للذى ادّعاه» «۲».

و ربّما يناقش فيها بأنّ الكيس المفروض فيها كان بيد جميعهم، فتكون دعوى

(۱) الوسائل: ج ۱۲، الباب ۸۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۰۲.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۲۰۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۷

بين جماعة فيسئلون هل هو لكم فيقولون لا و يقول واحد منهم هو لى فإنّه يقضى به لمن ادّعاه.

واحد منهم ملكيته مع اعتراف السائرين بأنّه ليس لهم من دعوى ذى اليد، و المفروض فى المسألة ما إذا لم يكن بالمال يد، و يناقش أيضا بأنّ ظاهرها دعوى الملكية بعد الإنكار، حيث إنّ ظاهر فقالوا كلّهم لا و قال: واحد منهم هو لى أنّ دعواه كانت بعد النفى، و لكن لاـ يخفى أنّ مجرّد الجلوس فى مكان يقع مال فى وسطهم مع كونه اتفاقا كما يتفق مثله كثيرا لا يتحقق اليد و الاستيلاء بالمال، فالحكم بكونه لمدعية فى الفرض ظاهره سماع دعوى الملكية مع عدم المعارض لها، و يترتب على ذلك أنّه لو ادعاه بعد ذلك شخص آخر يحسب ذلك الشخص مدعيا، و من أخذه بدعواه سابقا يكون منكرا.

و ذكر فى دفع المناقشة الثانية: أنّ الدعوى و إن كانت بعد الإنكار إلّا أنّه تجرى أصالة الصحّة فى كل من النفى السابق و الدعوى اللاحقة بكون النفى قبل التذكر و الدعوى بعده نظير ما إذا أنكر الرجل زوجية امرأة ثمّ أقرّ بها، فإنّ الحاكم لا يمنع الرجل عن التمكين بالمرأة أخذا بإنكاره الزوجية أوّلا.

أقول: دعوى أنّ ظاهر الصحيحة دعوى الملكية بعد الإنكار لا يمكن المساعدة عليها، بل ظاهر أنّ قوله واحد استثناء عمّا ذكر قبل ذلك من قول كلّهم: لا، و هذا النحو من الاستثناء تعبير متعارف فى الاستعمالات العرفية.

و أمّا مسألة تمكين الرجل من المرأة المدعية للزوجية بإقراره بها و لو بعد إنكاره فهو لثبوت الزوجية التى ادعتها المرأة، فيترتب عليها آثارها و منها جواز تمكين نفسه منها فيلغى إنكاره السابق نظير ما إذا ادعى عليه آخر بأنّه قد باع دارها منه بكذا فأنكر بيع الدار ثم أقرّ به، فإنّه لا معنى لأن يقال يجب عليه بعد إقراره

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۸

[الثانية: لو انكسرت سفينة فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله]

الثانية: لو انكسرت سفينة فى البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله و ما اخرج

بالبيع تسليم داره من مدعى الشراء و لكن لا يجوز له إلزام المشترى بتسليم الثمن، لأنّ إنكاره السابق إقرار بعدم استحقاقه الثمن.

(۱) لو انكسرت سفينة فى البحر و غرقت مع متاعها أو سقط متاعها فى البحر فما أخرجه البحر من متاعها فهو لمالكه و ما يخرج بالغوص فهو لمن أخرجه، و ظاهر الماتن الإفتاء به كجملة من الأصحاب مع ضعف الرواية الدالة عليه عنده.

و لكن فى المقام روايتان: إحداهما ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن أحمد ابن يحيى عن أبى عبد اللّه عن منصور بن عباس عن الحسن بن على بن يقطين عن أميّة بن عمر عن الشعيرى «قال: سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن سفينة انكسرت فى البحر فأخرج بعضها بالغوص و أخرج البحر بعض ما غرق فيها، فقال: أمّا ما أخرجه البحر فهو لأهله، اللّه أخرجه، و أمّا ما أخرج بالغوص فهو لهم و هم أحق به» «۱».

و هذه الرواية ضعيفة سندا، لأنّ أبا عبد اللّه الراوى عن منصور بن عباس هو محمد بن أحمد الرازى الجامورانى، و قد ضعّفه القميون باستثنائه من رجال نوادر الحكمة، و منصور بن عباس أيضا ضعيف، كما هو ظاهر النجاشى، و أمية بن عمرو واقفى لم تثبت وثاقته.

و قد نوقش فی دلالتها أيضا لاحتمال كون المراد بضمير الجمع أصحاب السفينة، فيكون مدلولها أنّ ما أخرجه البحر أو بالغوص فهو لأصحاب السفينة، و التفصيل بالإضافة إلی سبب الخروج فقط و أنّه قد

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطة، الحديث ۲: ۳۶۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۳۹

بالغوص فهو لمخرجه (۱) و به رواية فی سندها ضعف.

---

(۱) يكون البحر و قد يكون الغوص، و لكن لا يخفی ما فيه، فإنّ التفصيل فی سبب الخروج من غير دخله فی الحكم كالتفصيل فی زمان الخروج بين كونه ليلا أو نهارا.

و ممّا ذكر يظهر الحال فی رواية أخری، و هی ما رواه الكلينی عن علیّ بن إبراهيم عن أبيه عن النوفلی عن السكونی عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- فی حديث عن أمير المؤمنين- عليه السلام- «قال: و إذا غرقت السفينة و ما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر علی ساحله فهو لأهله و هم أحق به و ما غاص عليه الناس و تركه صاحبه فهو لهم» (۱)، و سندها لا بأس به، و لا يبعد اتحاد الروايتين و الاختلاف فی سند الشيخ- قدّس سرّه- و الكلينی إلی إسماعيل بن أبی زياد السكونی الشعيری.

نعم ربّما يستظهر من قوله- عليه السلام-: «و تركه صاحبه» أنّ الوجه فی تملك ما يخرج بالغوص أعراض مالكه، فيكون نظير مفاد صحيحة عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- «قال: من أصاب مالا أو بعيرا فی فلاة من الأرض قد كلت و قامت و سيّبها صاحبها مما لم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقته حتی أحياها من الكلال و من الموت فهی له و لا سبيل له عليها و إنّما هی مثل الشیء المباح» (۲).

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۱۱ من أبواب اللقطة، الحديث ۲: ۳۶۲.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب اللقطة، الحديث ۲: ۳۶۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۰

[أما المقاصد]

[المقصد الأول فی الاختلاف فی دعوی الاملاک]

اشارة

المقصد الأول فی الاختلاف فی دعوی الاملاک و فيه مسائل:

[الاولی: لو تنازعا عينا فی يدهما و لا بينة قضی بها بينهما نصفين]

الاولی: لو تنازعا عينا فی يدهما و لا بينة قضی بها بينهما نصفين (۱) و قيل يحلف

---

(۱) لو كانت عين بيد اثنين و ادعى كل منهما بلا بيّنة أنّ تمامها له فيحكم بأنّ لكل منهما نصفه. و هل يحتاج الحكم بذلك إلى حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر أو لا يحتاج؟ ظاهر الماتن- قدّس سرّه- عدم الحاجة، كما هو المحكى عن الخلاف و الغنية و الكافى، بل فى الأوّل دعوى الإجماع عليه، و المنسوب إلى المشهور توقف الحكم على حلف كل منهما، و لو حلف أحدهما دون الآخر يقضى للحالف بكلّ العين.

و استظهر عدم الحاجة من المرسل المروى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «أنّ رجلين تنازعا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم بينهما» «۱».

و وجه الاستظهار لم يقيّد الحكم فى مقام الحكاية الجعل بعد حلفهما، و لو قيل بعدم إحراز أنّ الحكاية فى مقام بيان نحو القضاء ليؤخذ بإطلاقها فلا أقل من إشعارها بعدم الحاجة.

و فيه: أنّ دعوى الإجماع فى المقام غير تامة، فضلا عن كونه تعبّديا، و المرسل

---

(۱) سنن البيهقى ۱۰: ۲۵۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۱

كل منهما لصاحبه.

لضعف سنده و عدم الجابر له غير قابل للاعتماد عليه، و مقتضى قولهم- عليهم السلام-: «البينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه» «۱»، اعتبار حلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فإنّ كلا منهما بالإضافة إلى العين ذو اليد على حد سواء فاليد من كل منهما على نصفها المشاع، فيحسب بالإضافة إلى نصفها منكرا و بالإضافة إلى نصفها الآخر مدعيا، و مع عدم البينة كما هو الفرض تصل النوبة إلى حلف المنكر، ليتم ملاك القضاء، و لأنّه قد ورد اعتبار الحلف فى فرض اقامة كل منهما البينة على دعواه فالفرض أولى منه فى الحاجة إلى الحلف.

و يتفرع على ذلك أنّه إذا حلف أحدهما و امتنع الآخر عن الحلف أن يقضى بتمام العين للحالف، و هل الحكم بأنّها للحالف يحتاج إلى حلفه الآخر على أنّ تمام العين له، حيث إنّ حلفه الأوّل يسقط دعوى الآخر بالإضافة إلى ما بيده، و إثبات دعواه بأنّ تمام العين له يحتاج إلى اليمين المردودة من خصمه أو من الحاكم أو يفصل بين نكول الثانى فيحتاج الأوّل إلى الحلف ثانيا على أنّ العين له، و بين نكول الأوّل فإنّ الحلف من الثانى بأنّ تمام العين له يكون معنونا بالحلف على نفى دعوى الغير و اليمين المردودة و لو من الحاكم على دعواه فالأظهر التفصيل و لذا يقرع بينهما فى الاستحلاف لو تشاحا فيمن يبدء الحلف.

و لو امتنعا عن اليمين يحكم أيضا بأنّ العين لهما بالمناصفة، و ربّما يصير ذلك منشأ الوهم فى كون الحكم بأنّ العين لهما بالمناصفة لا يحتاج إلى الحلف من كل منهما، فإنّه مقتضى يدهما على العين حتى مع نكولهما، و يدفع الوهم بأنّ الحكم بكونها بينهما بمقتضى يدهما ليس قضاء، بخلاف صورة حلفهما أو نكولهما

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵: ۱۷۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۲

....

فإنّه قضاء فلا يفيد أحدهما الظفر بالبينة بدعواه بعد ذلك.

و ذكر فى الجواهر فى عدم الحاجة إلى الحلف وجها آخر، و هو أنّ المقام لا يدخل فى كبرى البينة على المدعى و اليمين على المنكر، و ذلك فإنّ يد كل منهما على تمام العين لعدم تصور يد كل منهما على نصفها مشاعا إلّا بكون يدهما بتمامها، و مع يد كل منهما على تمام العين لا يكون منهما المدعى و المدعى عليه لتساوى كل منهما مع الآخر فى اليد على تمامها، و على ذلك فلا أثر لليد من كل منهما بالإضافة إلى الآخر، و كما أنّ دعوى واحد بملكية العين يوجب الحكم بكونها له كذلك فيما كانت اليد ملغاة كما فى المقام.

و حيث لا يمكن العمل فى جميع المال بدعوى كل منهما يعمل بها فى نصف المال بلا حاجة إلى اليمين، لأنّه ليس فى البين المدعى عليه ليتوجه إليه اليمين.

نعم كون يد كل منهما على العين يوجب كون كل واحد منهما المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى شخص ثالث لا يد له بالعين.

و على الجملة: معلومية التباين بين المدعى و المدعى عليه مع كون يد كل منهما فى الفرض على تمام العين توجب أن لا يكون المقام من صغريات الكبرى الواردة فى الروايات البينة على المدعى و اليمين على من أنكر، كما لا يكون من موارد التحالف، حيث أنّ مورد التحالف ما إذا كان أحدهما مدعيا بالإضافة إلى شيء و المدعى عليه بالإضافة إلى شيء آخر و الآخر بالعكس، و فى المقام المدعى به أمر واحد و هو ملكيته تمام العين التى بيد كل منهما.

أقول: لا يخفى ما فيه، فإنّ يد كل منهما على تمام العين و ان كان أمرا صحيحا إلّا أنّ اليد من كل منهما على تمامها ليست استقلالية، بل ضمنية فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۳

....

ضمن يدهما فتحسب فى هذه الموارد اليد الاستقلالية مع عدم تعيين السهم بحسب عدد الأيدى، فلو كانوا ثلاثا فتكون اليد الاستقلالية لكل منهم بثلث المال، و هكذا فيكون كل من المتعدد بالإضافة إلى ما يحسب عليه بيده استقلالا المدعى عليه، و بالإضافة إلى ما للآخر مدعيا كما تقدم.

و يلزم على ما ذكره- قدّس سرّه- أن يحكم بتمام العين لأحدهما فيما إذا كانت دعواه ملكية تمام العين و قال الآخر لا أدرى واقع الحال و نصف العين لى ظاهرا بحسب يدى على العين مثل يدك عليها كما إذا كانت العين بيد شخصين فماتا معا و لكل منهما وارث وضعا يدهما عليها و ادعى أحدهما على الآخر أنّ تمام العين كانت لمورّثه و الوجه فى اللزوم عدم المعارض لدعواه و إلغاء يد كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر.

و ذكر- قدّس سرّه- أنّه لو قيل بالحلف من كل منهما لصاحبه فيمكن أن يقال: أنّ الحلف ليس لكون كل منهما منكرا يتوجّه إليه اليمين بالإضافة إلى دعوى الآخر بل لتقديم أحد السببين للملك على السبب الآخر كما فى تقديم احدى البينتين على الأخرى، فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بتمام العين له لتقديم أحدهما بخلاف حلفهما أو تركهما الحلف و ليس الحلف من يمين الإنكار ليترتب عليها ردّها إلى المدعى مع نكول المنكر. فلو حلف أحدهما على أنّ تمام العين له و نكل الآخر يحكم بأنّ تمامها للحالف بلا حاجة إلى ردّ اليمين عليه ثانيا.

أقول: لا وجه لهذا الاحتمال، لأنّ الترجيح بالحلف يحتاج إلى قيام الدليل عليه و ليس فى البين ما يدلّ على كون الحلف مرجحا لإحدى الدعويين أو لإحدى اليدين فالاحتمال المزبور ساقط من أصله.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۴

و لو كانت يد أحدهما عليها قضى للمتشبث مع يمينه ان التمسه الخصم (۱) و لو كانت يدهما خارجة (۲) فان صدّق من هى فى يده

أحدهما احلف و قضى له.

---

(۱) و الوجه فى ذلك أنّ من بيده المال بمقتضى موافقة قوله اليد يحسب منكرا و الآخر مدعيا، فيحلف المتشبث مع استحلافه و تسقط به دعوى الآخر، و إذا نكل و قلنا بالحكم بمجرّد النكول أو ردّ اليمين هو أو الحاكم على المدعى و حلف ثبتت دعواه، و إلّا سقطت على ما تقدم.

(۲) و لو كانت العين بيد ثالث، و كانت يد كل منهما خارجة عن العين بالمرة فإن اعترف من بيده المال لأحدهما المعين بأنّ العين له صار المقرّ له منكرا و الآخر مدعيا، و إذا حلف المقرّ له على نفى كونها للمدعى سقطت دعواه و يحكم بأنّ العين له دون الآخر قضاء. و قد يناقش فى توجه اليمين إلى المقرّ له بأنّه ليس هو المدعى عليه فى دعوى الآخر بل دعواه كدعوى المقر له ابتداء متوجهة إلى من كانت العين بيده فاللازم أن يتوجه اليمين إليه غاية الأمر للمدعى الآخر أن يوجّه دعوى جديدة على المقرّ له بعد انتزاعه العين ممن كانت بيده، كما فى استيناف الدعوى على من أخذ العين ممّن كانت بيده باليمين المردودة مثلا أو بشاهد و يمين و على الجملة أنّ للمدعى الآخر إحلاف المعترف بالعين للغير ليسقط دعواه عليه كما أنّ له إحلاف المقرّ له بتجديد الدعوى عليه و أجيب عن المناقشة بأنّ الدعوى تتبع العين فالدعوى و ان كانت متوجهة فى الابتداء إلى من كانت العين بيده إلّا أنّ بعد صيرورتها للمقرّ له تنصرف إليه، فلا تكون للمدعى الآخر دعوى بالإضافة إلى المعترف الذى كانت بيده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۵

....

و أورد فى الجواهر على الجواب بأنّ الكلام فى المقام فى المدعى عليه و أنّه من كانت العين بيده أوّلا أو المقرّ له و ليس الكلام فى المدعى به، يعنى دعوى العين ليقال أنّها كانت بيد المقر و صارت بيد المقر له بعد الانتزاع، و على ذلك فقبل تصديق من كانت العين بيده لا يكون المقر له المدعى عليه، و ربّما تكون دعواه على من كانت بيده قبل اعترافه للمقر له فله اليمين على المعترف، لا لأخذ العين التى صارت لغيره باعترافه، بل لفائدة الغرم مع نكوله لإتلافه العين عليه باعترافه.

أقول: كانت الدعوى الأولى على من كانت العين بيده دعوى العين، و قد انصرفت تلك الدعوى إلى المقر له باعتراف ذى اليد و دعوى الإتلاف بالإقرار لغاية الغرم دعوى أخرى يأتى الكلام فيها و ليست عين الدعوى السابقة.

ثمّ قال- قدّس سرّه-: بناء على انصراف الدعوى إلى المقرّ به يكون للمدعى الآخر إحلاف كل من المقرّ له و من كانت العين بيده، و لكن إحلاف المقرّ له لسقوط دعوى العين عليه و إحلاف من كانت العين بيده لدعوى الغرم لا لسقوط دعوى العين عليه لانصرافها على الفرض إلى المقرّ له، و يتفرّع على ذلك أنّه لو حلف المقرّ له يحكم بأنّ العين له من غير حاجة فى هذا الحكم إلى حلف من كانت بيده و إنّما يكون حلفه لدفع الغرم عن نفسه، و لكن فى القواعد أنّه لو كانت العين بيد ثالث حكم بها لمن يصدّقه بعد اليمين منهما و ظاهره توقف الحكم بأنّ العين للمقرّ له و سقوط دعوى الآخر على كلا الحلفين، و لكن يحتمل أن تكون كلمة منهما فى عبارة القواعد متعلّقة بقوله يصدّقه يعنى لو كانت العين بيد ثالث حكم لمن يصدقه الثالث من المدعيين بعد اليمين، أى يمين المقرّ له فيكون مطابقا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۶

....

لعبارة المصنف فى المقام، و لكن فى كشف اللثام أنّ من كانت بيده المال يحلف على المدعى الآخر، فيما إذا ادعى عليه المدعى

الآخر أنّك كنت عالما بالحال عند إقرارك و كنت تعلم بأنّ العين لى لا للمقر له.

أقول: المدعى عليه من يكون قوله موافقا للحجة المعتبرة على ما تقدم و المدعى من يكون قوله على خلاف تلك الحجة و من الظاهر أنّه بعد إقرار ذى اليد لأحدهما المعين يكون قوله هذا العين لى مطابقا للحجة المعتبرة يعنى الإقرار المعتبر، فيكون قول الآخر مخالفا له فيكون فى دعوى العين المقر له منكرا و الآخر مدعيا، و يخرج ذو اليد السابق عن أطراف هذه الدعوى، و إنّما يكون ذو اليد المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى الإتلاف عليه بإقراره العين للمقر له و هذه الدعوى لا مورد لها إلّا بعد سماع الإقرار و سقوط دعوى ملك العين على المقرّ له فتكون دعوى أخرى غير الدعوى السابق قبل الإقرار.

و هل لهذه الدعوى يعنى دعوى الإتلاف على المقرّ مجال مع ثبوت أنّ العين كانت للمقر له و لم تكن للمدعى الآخر كما هو فرض حلف المقر له على نفى دعوى العين، فالظاهر عدم المجال لها بعد ثبوت أنّ العين لم تكن له لأنّ تتلف عليه.

نعم للمدعى الآخر دعوى الخيانة على المقر فى إقراره نظير دعوى الخيانة على الشاهد فى شهادته فتسمع دعوى الخيانة على المقر و ليست الخيانة إلّا دعوى العلم على المقر و أنّه كان يعلم بأنّ المال ليس للمقر له و أنّها كانت له و هذا ما ذكره كاشف اللثام، و يظهر من كلمات الأصحاب أيضا و اللّه العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٧

و إن قال هى لهما قضى بها بينهما نصفين و احلف كل منهما لصاحبه (١) و لو

(١) و لو قال من بيده العين أنّها لهما قضى أنّ العين بينهما بالمناصفة بعد حلف كل منهما لصاحبه بأنّ العين ليست له فإنّ الفرض نظير ما إذا كانت العين بيدهما و ادعى كل منهما ملكية تمام العين، و العجب من الماتن- قدّس سرّه- أنّه حكم بكون العين لهما بالمناصفة من غير حاجة إلى الحلف منهما، و ظاهره فى المقام الحاجة إلى الحلف منهما.

و قد ظهر ممّا ذكرنا سابقا أنّ الحكم بكون العين بينهما بالمناصفة بلا يمين ليس حكما قضائيا بالإضافة إلى دعوى كل منهما بأنّ تمام العين له الحكم القضائى يتوقف على حلفهما، و عليه فلو حلف أحدهما دون الآخر يحكم بأنّ العين له مع تكرار الحلف بالحلف على الإثبات فيما كان الناكل هو الثانى بعد حلف الأوّل على النفى، و لا يبعد عدم الحاجة إلى التكرار لو كان الناكل هو الأوّل، حيث أنّ حلف الثانى بأنّ تمام العين له حلف على نفى دعوى الأوّل فى نصفه و حلف على ثبوت دعواه بالإضافة إلى دعواه فى نصفهما الآخر.

و فى كشف اللثام أنّه بعد الحكم بأنّ تمام العين لأحدهما لحلفه و نكول الآخر فإن ادعى الحالف على الثالث الذى كانت العين بيده علمه عند إقراره بأنّ تمام العين له و نكل الثالث عن الحلف على نفى علمه غرم للحالف نصف العين فيكون للحالف تمام العين. و يدل نصفها.

و أورد على ذلك فى الجواهر بأنّه بعد انتزاع الحالف تمام العين لا موجب لغرم الثالث لاعترافه بأنّه لا يستحق أزيد من تمام العين، اللّهمّ إلّا أن يقال انتزاع نصف العين من الناكل باليمين المردودة كانتزاعه من يده بالمعاوضة، و كما انّ الانتزاع بالمعاوضة لا يمنع عن دعوى العلم على الثالث كذلك انتزاعها باليمين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ٣٤٨

دفعهما أقرت فى يده (١).

المردودة و لكن هذا التنظير ضعيف لأنّ الانتزاع من المدعى لها باليمين المردودة غير الانتزاع منه بالمعاوضة فى أنّ الثانى لا ينافى دعوى الغرامة على الثالث.

و من ذلك أنّه لو ادعى أحدهما على من بيده العين بأنّ تمامها له، و لكن اعترف ذو اليد بأنّها له و لزيد و ادعى المدعى على من

كانت بيده العين علمه بأنّ تمام العين له و نكل ذو اليد عن الحلف على نفى علمه و حلف المدعى فإنّه يأخذ من الثالث بدل النصف الآخر الذى اعترف به لزيد قبل ذلك، و إذا ادعى بعد ذلك على زيد بأنّ تمام العين له فنكل زيد و حلف المدعى فإنّه ينتزع العين فتكون تمامها له، فيلزم على ما ذكر إرجاع الغرم إلى الثالث لوصول حقه إليه بتمامه لأنّ حقه ليس بأزيد من العين بتمامها.

أقول: الأظهر أنّه إذا ادعى على الثالث علمه بكون تمام العين له و مع ذلك أقرّ بأنّها له و لزيد و فرض أنّ الثالث نكل عن الحلف على نفى علمه و حلف هو على علمه و أخذ منه بدل نصفها تقع المبادلة القهرية بين البدل المزبور و نصف العين، فلا تسمع دعواه بعد ذلك على زيد بأنّ تمام العين له، كما أنّه إذا ادعى على زيد بتمام العين و أخذ منها تمامها و لو باليمين المردودة لا تسمع دعواه على الثالث دعوى العلم لوصول تمام حقه إليه على ما تقدم.

(۱) دفع الثالث المتداعيين تارة بإنكاره بكون العين لهما من غير أن ينفى ملكية نفسه فلا ينبغى التأمّل فى الفرض من كون من بيده العين المدعى عليه بالإضافة إلى دعوى كل منهما، فيحلف لكل منهما و أقرت العين بيده.

و لو نكل عن الحلف لهما ففى الجواهر يكون الفرض كما لا يد لأحد بالعين فيحكم بكونها بينهما بالمناصفة، فيما لو حلفا أو نكلا، كما أنّه لو حلف أحدهما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۴۹

....

و نكل الآخر فيحكم بكون العين للحالف.

أقول: لا يخفى ما فيه فإنّ مع نكول المدعيين بعد نكول من بيده العين تسقط دعواهما بملكية العين و يحكم بأنّ العين للثالث الذى بيده العين لاعتبار يده، بل الحكم بالتنصيف فيما إذا حلفا أيضا مشكل فإنّ كلا منهما قد أثبت باليمين المردودة بعد نكول الثالث انّه مالك لتمام العين، فيحكم بالعين للحالف أوّلا و ببدله للحالف ثانيا، نظير ما أقرّ بتمامها للأوّل ثمّ أقرّ بها للثانى، و قد تقدم أنّه مع تشاحهما فى الحلف أوّلا يقرع بينهما و إن قال من بيده العين أنّها ليست لى أو لا أعرف مالكها أو أنّها لأحدكما فلا ينبغى التأمّل فى عدم كون الثالث منكرا ليتوجه إليه اليمين، كما أنّه لا يكون دعوى كل واحد منهما من دعوى ملكية مال لا يد عليه و لا معارض لها لمعارضة دعوى كل منهما بدعوى الآخر.

فهل يرجع إلى قاعدة العدل و الإنصاف فيحكم بتنصيفها أو إلى القرعة أو يفصّل فيرجع إلى القاعدة فيما إذا قال ليس لى أو لا أعرف مالكها و يرجع إلى القرعة فيما لو أجاب بأنّها لأحدكما؟ لا يبعد الرجوع إلى القرعة فى الأخير لإخراج الحق المجهول منهما و فى الأولين إلى قاعدة العدل لكون دعوى كل منهما مملكة للمال لولا المعارضة، بل ربّما يقال بالتنصيف حتى فى فرض الإقرار لأحدهما من غير تعيين، و يستظهر ذلك من معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام- «فى رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات فى تلك الحال فقال على- عليه السلام- أيّهما أقام البينة فله المال و إن لم يقم واحد منهما البينة فالمال بينهما نصفان» بدعوى الوثوق بعدم الفرق بين موردها و مورد الكلام فى المقام فى الحكم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۰

[الثانية: يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد]

الثانية: يتحقق التعارض فى الشهادة مع تحقق التضاد (۱) مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد و يشهد آخر أن ذلك الحق بعينه لعمرو أو يشهدا بأنّه باع ثوبا

(۱) لا ـ ينبغى التأمّل فى أنّ التعارض بين البينتين يكون بالتنافى و التضاد بين مـدلوليهما، بحيث يكون ثبوت مـدلول كل منهما ملازما لانتفاء مدلول الأخرى، و الملاک فى المدلول ظهور کل منهما، و ما يقال مع التوفيق بينهما و يؤخذ بهما غير صـحيح فيما كان التوفيق بغير الجمع العرفى بأن يكون بتأويلهما أو تأويل أحدهما من غير قرينة عرفية فإنّ الاعتبار بالظهور لا بالتأويل.

و على ذلک ففيما شهدت بينة بأنّ العين الخارجية لفلان و شهدت الأخرى أنّها لشخص آخر ففى ذلک صور:

الأولى: أنّ تكون العين المفروضـة بيـدهما، الثانيـة: أن تكون بيـد أحـدهما، الثالثة: أن تكون بيد ثالث، و الرابعة: أن لا تكون يد عليها أصلا.

أمّا الصورة الأولى: فقـد ذكر الماتن – قـدّس سرّه – فيها أنّه يقضـى بها لهما بالمناصـفة، و علّل ذلک بأنّ لكل منهما يـد بالإضافة إلى نصف العين على مـا تقـدم فتعتبر بيّنـة كل منهما بالإضافـة إلى نصف الآخر، فيكون كل منهما مالكا لما بيـد الآخر بقيام البينـة و نتيجة ذلک هو الحكم بالمناصفة قضاء بالبينة.

أقول: ينبغى الكلام فى هذه الصورة فى جهتين:

الأولى: أنّ مقتضى القواعد الأوّلية فى القضاء ما ذكره الماتن – قدّس سرّه – أم لا.

الثانية: هل فى المقام دليل خاص على خلاف مقتضى تلک القواعد أم لا؟

أمّا الجهـة الأولى: فالظاهر عـدم اعتبار شـىء من البينتين، فإنّه قـد تقدم أنّ مع كون العين بيدهما يكون كل منهما بالإضافة إلى دعوى الآخر منكرا فى نصف العين و مدعيا بالإضافة إلى نصفها الآخر، و من الظاهر أنّ بيّنة المدعى تكون

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۱

مخصوصا لعمرو غدوة و يشـهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلک الوقت و مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفّق فإن تحقّق التعارض فإمّا أن يكون العين فى يدهما أو يد أحدهما أو فى يد ثالث.

معتبرة، و لا تصل النوبة معها إلى حلف المنكر فيما لم تكن مبتلاة بالمعارض، فإنّ قوله – صلوات اللّه عليه و آله –: «البينة على المدعى و اليمين على المنكر» و «أقضـى بينكم بالبينات و الأيمان»، ظاهره البينة التى تكون بينة مع قطع النظر عن القضاء، و لما ذكرنا لا يمكن المساعدة على ما ذكر فى المتن من أنّه أقام كل واحد على ما بيد الآخر بينة فيقضى لكل بما بيد الآخر.

و بتعبير آخر بينـة المنكر و إن لم تكن مـدركا للقضـاء إلّا أنّها تمنع عن اعتبار بينـة المـدعى مع المعارضـة، فيكون الفرض كما إذا لم يكن فى البين بينة فيحكم بتنصيف العين بينهما بمقتضى اعتبار يد كل منهما على نصف العين، و لكن هذا الحكم ليس بنحو القضاء و فصـل الخصومـة، بـل فصـلها يتوقف على الحلف فـإن حلفـا فهى لهما بالمناصـفة و إن حلف أحـدهما و نكل الآخر فيحكم بأنّ العين للحالف.

و دعوى أنّ بينة كل منهما معتبرة بالإضافة إلى ما بيده من النصف، لأنّ اليد عليه مرجحة لها فلا يمكن المساعدة عليها لاحتياج ترجيح بينـة كـل منهمـا بالإضافـة إلى مـا بيـده من النصف على البينـة الأـخرى و لو فى بعض مـدلولها إلى قيام الـدليل، و الأصل فى تعارض الأمارات هو سـقوطها، و أمّا الجهـة الثانيـة ففى معتبرة إسـحاق بن عمّار عن أبى عبد اللّه – عليه السـلام – «أنّ رجلين اختصـما إلى أمير المؤمنين – عليه السـلام – فى دابـة فى أيـديهما و أقـام كـل واحـد منهمـا البينـة أنّهـا نتجت عنـده فأحلفهما على – عليه السـلام – فحلف أحـدهما و أبى الآخر أن يحلف فقضـى بها للحالف فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البينة؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۲

ففى الأوّل يقضى بها بينهما نصفين لأنّ يد كلّ واحد على النصف و قد اقام الآخر بينة فيقضى له بما فى يد غريمه.

جعلتها للحالف فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين- الحديث» «۱»، و الروايـة كما أشرنا معتبرة، فإنّ غياث بن كلوب و ان كان من العامة إلّا أنّه يظهر من الشيخ- قدّس سرّه- فى العدة توثيقه، و الحسن بن موسى الخشاب من المعاريف مع ظهور كلام النجاشى فى مدحه، و مضمونها مطابق لما تقدم من أنّ حلف كل منهما مع كون العين بيدهما على القاعدة و لو كان فى الروايات الآتية ما يخالف المعتبرة بالإطلاق فيرفع اليد عن إطلاقها بما ورد فى صدر المعتبرة، نعم يمكن أن يستظهر من صدرها عدم الحاجة إلى تكرار الحلف مع نكول الآخر.

لا يقال: ما تقدم من عدم الاعتبار ببينة المدعى مع تعارضها ببينة المنكر ينافيه رواية منصور «قال: قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: رجل فى يده شاة فجاء رجل فادّعاها فأقام البينة العدول أنّها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع و جاء الذى فى يده بالبينة مثلهم عدول أنّها ولدت عنده و لم يهب و لم يبع؟ فقال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: حقّها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينة لأنّ اللّه عزّ و جلّ أمر أن يطلب البينة من المدعى فإن كانت له بينة و إلّا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر اللّه عزّ و جلّ» «۲».

أقول: الرواية ضعيفة سندا، فإنّ محمد بن حفص الراوى عن منصور بن حازم مجهول، و لا يمكن أن يكون وكيل الناحية، كما قيل، مع أنّها معارضة بما فى ذيل معتبرة إسحاق من قوله «قيل فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البينة؟ قال: أقضى بها للحالف الذى هى فى يده» و على ذلك فيؤخذ بمقتضى ذيل المعتبرة، بل على تقدير المعارضة يؤخذ بالقاعدة التى أشرنا إليها.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۸۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۴: ۱۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۳

و فى الثانى يقضى بها للخارج دون المتشبث (۱) ان شهدتا لهما بالملك المطلق و فيه قول آخر ذكره فى ف بعيد و لو شهدتا بالسبب قيل يقضى لصاحب اليد

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنه لو كانت العين فى يد أحدهما، و أقام كل منهما البيّنة بالملك المطلق له بأن شهدت كل من البينتين بأنّ العين ملك من غير ذكر سببه يقضى بأنّ العين ملك لمن لم تكن العين فى يده، و كذلك فيما إذا شهدت كل من البينتين بالسبب.

و استدل على ذلك أنّ من فى يده العين منكر لموافقة قوله اليد على العين بخلاف الآخر فإنّه يحسب مدّعيا، لأنّه يدعى خلاف يد غريمه، و مقتضى قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «البيّنة للمدعى و اليمين على من أنكر» أنّه لا اعتبار فى مفروض الكلام لبينة المنكر، كما أنّه لا تصل النوبة إلى حلفه لأنّ المدعى قد أقام البينة بما ادّعاه، و مقتضى التفصيل بين المدعى و المنكر بطلب البينة من الأوّل و الحلف من الثانى أنّه لا اعتبار ببينة المنكر و لا بحلف المدعى. و ربّما يحكى عن الشيخ- قدّس سرّه- بتقديم بينة الداخل لكون بينته أقوى لتعاضدها باليد، و لمعتبرة غياث بن إبراهيم فى فرض ذكر السبب فإنّه روى غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «أنّ أمير المؤمنين- عليه السلام- اختصم إليه رجلان فى دابة و كلاهما أقاما البينة أنّه أنتجها، فقضى بها للذى فى يده و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها نصفين بينهما» «۱».

أقول: قد ظهر ممّا تقدم عدم صحة استدلال الماتن- قدّس سرّه- و أنّه لا اعتبار فى الفرض لبينة المدعى، حيث إنّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تكون بينة يقضى بها، و التفصيل بين المدعى و المدعى عليه يقطع الشركة فى مدرك القضاء،

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۴

لقضاء على- عليه السلام- فى الدابة و قيل يقضى للخارج لأنّه لا بينة على ذى اليد كما لا يمين على المدعى عملا بقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم «و اليمين على من أنكر» و التفصيل قاطع للشركة و هو اولى.

و لا يدلّ على عدم إسقاط بينة المنكر بينة المدعى عن الاعتبار، و على ذلك فالمتعيّن العمل بما تقدم وروده فى ذيل موثقة إسحاق بن عمّار من أنّه يحكم بالعين لذى اليد مع حلفه، و يرفع اليد عن إطلاق معتبرة غياث بن إبراهيم، حيث لم يرد فيها الحاجة إلى حلف ذى اليد، و لا خصوصية لذكر السبب للملك، بل ظاهر المعتبرة أنّ ذكر السبب لبيان أنّ المشهود به فى كل من البينتين الملك فعلا لا فى السابق.

و أمّا ما عن الماتن- قدّس سرّه- من أنّه ترجح بينة المتشبث فيما إذا شهدت بالسبب و لم تشهد بينة الخارج إلّا بالملك المطلق فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ مقتضى ما تقدم أن لا تعتبر بينة المتشبث و لو مع ذكر السبب كما هو مقتضى خبر البينة على المدعى و اليمين على من أنكر بناء على ما ذكره قبل ذلك، و الترجيح بالسبب أو بغيره مع عدم وروده فى خطاب شرعى معتبر بلا موجب.

و قد يناقش فيما تقدم من أنّه يحكم للمتنازعين بالمناصفة فى العين مع كونها بيدهما و يحكم بها للمتشبث مع حلفه على نفى دعوى الآخر فى فرض اقامة كل منهما البينة بأنّ الحكمين مخالفان لما يستفاد من صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «كان على- عليه السلام- إذا أتاه رجلان بشهود عدلهم سواء و عددهم، أقرع بينهما على أيّهما تصير اليمين و كان يقول: اللّهمّ ربّ السماوات السبع أيّهم كان له الحق فأدّه إليه ثم يجعل الحق للذى يصير إليه اليمين إذا حلف» «۱».

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۵: ۱۸۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۵

أمّا لو شهدت للمتشبث بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنّه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب ممّا لا يتكرّر كالنتاج و نساجة الثوب الكتان أو

و ما يستفاد من موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «أنّ رجلين اختصما إلى على- عليه السلام- فى دابة فزعم كل واحد منهما أنّها نتجت على مذوده و أقام كل واحد منهما بيّنة سواء فى العدد فأقرع بينهما سهمين على كل واحد منهما بعلامة ثم قال: اللهم ربّ السماوات السبع و رب الأرضين السبع و ربّ العرش العظيم عالم الغيب و الشهادة الرحمن الرحيم أيّهما كان صاحب الدابة و هو أولى بها فأسألك أن يقرع و تخرج سهمه فخرج سهم أحدهما فقضى له بها» «۱»، و فى صحيحة الحلبى قال: «سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» «۲»، و الحلف ممّن أخرجته القرعة و إن لم يذكر فى الموثقة، و لكن يحمل على الصحيحتين جمعا.

و على الجملة: فمقتضى هذه الروايات أنّ مع تساوى البينتين يقرع للحالف، سواء أ كان العين فى أيديهما أم فى يد واحد منهما أم لم يكن فى أيديهما أصلا، فتكون المعارضة بينها و بين معتبرة إسحاق بن عمّار المتقدمة الدالة على توجّه اليمين على كل من المتداعيين فيما إذا أقاما بينة سواء أ كان المال فى أيديهما أم لم يكن، و انّه إذا كانت العين بيد واحد منهما يحلف من تكون العين بيده.

و لا يمكن حمل المعتبرة على صورة اختلاف البينتين فى الوصف و العدد، و حمل الصحيحتين و الموثقة على صورة تساويهما، حيث

انّ اختلاف البينتين يناسب التقديم لا توجّه اليمين إلى كل منهما مع أنّه لم يعهد الفتوى بذلك التفصيل من أصحابنا.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۲: ۱۸۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱: ۱۸۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۶

يتكرر كالبيع و الصياغة و قيل بل يقضى للخارج و ان شهدت بينته بالملك المطلق عملا بالخبر و الأوّل أشبه.

أقول: يمكن الجواب عن المناقشة بوجهين:

الأوّل: أنّه لم يفرض فى صحيحتى عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه و الحلبى اختلاف المتخاصمين فى ملكية العين و الموثقة و ان كانت واردة فى الاختلاف فى ملكيتها إلّا أنّها حكاية واقعة خاصة، و لعلّ على- عليه السلام- طلب فيها تراضيهما بالقرعة فأقرع، و يؤيد ذلك أنّه حكم فى العين بمجرّد خروج السهم بالملكية، و على ذلك فتحمل الصحيحتين على غير المخاصمة فى ملكية العين برفع اليد عن إطلاقهما، فانّ معتبرة إسحاق بن عمّار المتقدمة واردة فى خصوص التنازع فى ملكيتهما.

الوجه الثانى: و لعلّه الأظهر أنّ معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدمة ظاهرها بيان حكم صورتين: إحديهما: أن تكون العين بيد أحدهما و إقامتها البينة على ملكيتها، و قد حكم فيها الإمام- عليه السلام- بتقديم من كانت يده على العين، و ثانيتهما: ما إذا كانت العين بيدهما معا و فى هذه الصورة حكم- عليه السلام- بأنّ المال نصفين، حيث ورد فيها فقضى بها للذى فى يده، و قال لو لم تكن فى يده جعلت بينهما نصفين، و ظاهر هذا الكلام أنّه لو لم تكن بيده خاصة بأن تكون فى أيديهما و لو كان المراد صورة عدم اليد عليها أصلا لعبّر- عليه السلام- و لو لم تكن فى أيديهما.

و يؤيد ذلك المروى عن دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين- عليه السلام- «أنّه قضى فى البينتين تختلفان فى الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنّه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينة كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأمّا ما كان فى أيديهما فهو بينهما نصفان و إن كان فى يدى أحدهما فإنّما البينة فيه للمدعى و اليمين على المدعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۷

و لو كانت فى يد ثالث قضى بالأرجح من البيّنتين (۱) عدالة فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا و مع التساوى عددا و عدالة يقرع بينهما فمن خرج اسمه احلف

عليه» «۱» و التأييد راجع إلى خروج صورتى كون المال فى أيديهما أو فى يدى واحد عن الأخبار المتقدمة الظاهرة بإطلاقها فى اعتبار القرعة فى فرض إقامتهما البينة سواء أ كان المال بيد واحد أم بيدهما أم لم تكن يد لهما عليه.

و على الجملة: يؤخذ فى صورتى كون العين بأيديهما أو بيد واحد منهما بمعتبرة غياث بن إبراهيم و ما ورد فى صدر معتبرة إسحاق بن عمار و ما ورد فى ذيلها، فيقيد بها إطلاق الروايات الواردة فى القرعة بين المتنازعين فيما إذا أقام كل منهما بينة بملكيته العين، و الوجه فى التقييد كون معتبرة غياث بن إبراهيم أخص منها لشمولها على ما إذا لم يكن المال فى أيديهما أصلا و عدم شمول المعتبرة لهذا الفرض، و بما أنّ صدر معتبرة إسحاق بن عمّار و ذيلها مساوق لمعتبرة غياث فيلحقان بها.

و لو فرض أنّ معتبرة غياث أيضا تشمل ما إذا لم تكن العين فى أيديهما بدعوى أنّ قوله- عليه السلام- و لو لم تكن فى يده عام يشمل ما إذا كان فى أيديهما و ما إذا لم يكن فى أيديهما أصلا لوقعت المعارضة بين الطائفتين، الطائفة الأولى معتبرتا إسحاق بن عمّار و غياث و الثانية الروايات الواردة فى اعتبار القرعة، و بعد تساقطهما يرجع إلى مقتضى القاعدة الأولية و مقتضاها كما تقدم اعتبار

التحالف بلا فرق بين اختلاف البينتين فی العدد مع كون المال فی أيديهما و بين عدم اختلافهما و اعتبار حلف من تكون العين بيده بلا فرق بين اختلاف البينتين و عدمه.

(۱) لو كانت العين بيد ثالث و ادعى كل منهما ملكيتها و أقاما بينة بدعواهما فإن اعترف ذو اليد بها لأحدهما يكون المعترف له هو المنكر و الآخر هو

(۱) المستدرک ۳: ۱۹۹، الباب ۱۰ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۸

و قضى له و لو امتنع احلف الآخر و قضى له و إن نكلا قضى به بينهما بالسوية و قال فی المبسوط يقضى بالقرعة إن شهدتا بالملك المطلق و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد و ان اختصت إحديهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى و الأول أنسب بالمنقول.

المدعى، و بما أنّ بينة المدعى فيما إذا ابتلت بالمعارض لا تعتبر فيحلف المعترف له على نفى دعوى غريمه كما إذا تقدم فی فرض كونها بيده، و أمّا إذا أقرّ لهما معا يكون الفرض كما إذا كانت العين فی أيديهما و أقاما كل منهما البينة بأنّ العين له فيحكم بالمناصفة لهما مع حلفهما أو نكولهما و للحالف إذا نكل الآخر على ما تقدم.

و إن قال الثالث الذی بيده العين: أنّها ليست لی و لكن لا أدرى لمن هی فتلغى يده عليها، فيكون الفرض كما إذا ادّعيا مالا لا يد فيه لأحدكما هی الصورة الرابعة من الصور المتقدمة. و قد ورد فی معتبرة إسحاق بن عمّار المتقدمة «فقيل له فلو لم تكن فی يد واحد منهما و أقاما البينة؟ فقال: أحلفهما فأيّهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف فإن حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين» «۱»، فيؤخذ بها بناء على عدم المعارضة بين الطائفتين بتقييد إطلاق الطائفة الدالة على الإقراع بغير التنازع فی ملكية العين.

بل يحكم بالمناصفة أيضا فی صورة نكولهما بناء على أنّ ما ورد فی معتبرة غياث بن إبراهيم من قوله- عليه السلام-: «و لو لم تكن فی يده جعلتها نصفين» «۲»، يعمّ صورة عدم كون العين بيد المتنازعين و نكولهما عن الحلف، و لكن على تقدير الالتزام بالمعارضة و عدم العموم و الإطلاق بالإضافة إلى صورة نكولهما حتى فی معتبرة غياث بن إبراهيم تدخل الصورتان فی فرض ما إذا ادّعيا عينا ليست لها يد و لا مدع آخر، فيقسم بينهما بقاعدة العدل الجارية فی سيرة العقلاء فی مثل المقام أو

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۸۲.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۵۹

و يتحقّق التعارض بين الشاهدين و الشاهد و المرأتين (۱) و لا يتحقّق بين شاهدين و شاهد و يمين و ربّما قال الشيخ نادرا يتعارضان و يقرع بينهما و لا بين

يقرع بينهما أخذا بما ورد فی القرعة «بأنّها تخرج سهم المحق و أى قضية أعدل من القرعة إذا فوضوا أمرهم إلى اللّه عزّ و جلّ» «۱»، و على الجملة ما ذكره الماتن- قدّس سرّه- من الترجيح بين البينتين لا يمكن المساعدة عليه بوجه.

بقى فی المقام أمر، و هو أنّه إذا لم تكن العين التی تنازعا فيها فی أيديهما و لا بيد واحد منهما و لكن أقام أحدهما البينة بملكيتها له فإنّه لا- ينبغى التأمّل فی الحكم بمقتضى البينة. و لكن قد يتبادر إلى الذهن أنّ الحكم المزبور ليس حكما قضائيا لأنّ الآخر ليس بالمدعى عليه لعدم مطابقة قوله بأنّ المال لی للحجة لا بنفسه و لا بلازمه من نفى ملكية صاحب البينة، لأنّ أصالة عدم ملكية صاحب

البیّنة لولاها لم تثبت أنّه المالک و الحکم علی طبق البینة إنّما یکون قضاء فیما إذا کان الآخر المدعی علیه فی الواقعة، و لذا ذکرنا أنّه لو لم تکن العین بیدهما و لا ید واحد منهما و ادّعیا و لم تکن أیضا بینة لهما و لا لأحدهما یؤخذ بمقتضی قاعدة العدل أو بالأقراع و الأخذ بالقاعدة أو الإقراع، فی الملکیة لا یکون قضاء حتی لا تسمع الدعوی بعد ذلک إذا ظفر أحدهما بالبینة علی قوله.

(۱) المشهور بین الأصحاب جریان التعارض بین البینتین و ما یتبعه فیما إذا شهد رجلان عدلان بالعین لواحد و شهد عدل و امرأتان بها للآخر بناء علی اعتبار شهادة امرأتین مع رجل فی دعوی العین أیضا و عدم اختصاص اعتبارها بالدین.

و لکن لاـ تجری فیما إذا کان لأحدهما شهادة رجلین و للآخر شهادة رجل مع یمینه أو شهادة امرأتین مع یمینه، بل لو کان الأمر کذلک تؤخذ بمقتضی البینة علی ضوء ما تقدم.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱۳: ۱۹۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۰

شاهد و امرأتین و شاهد و یمین بل یقضی بالشاهدین و الشاهد و المرأتین دون الشاهد و الیمین.

و الوجه فی ذلک أنّ ظاهر الروایات المتقدمة فی تعارض البینتین صورة تعدد الشاهد لکل من المتنازعین، فلاـ تعم ما إذا کانت لأحدهما بینة و للآخر شاهد و یمین، و کذا ما إذا کانت لأحدهما شهادة رجلین و امرأتین و للآخر شهادة امرأتین و الیمین لارتکاز أنّ المرأتین فی حکم رجل واحد فی الشهادة. و قد تقدم الإشکال فی اعتبار شهادة امرأتین مع رجل فی الشهادة بالعین، و علیه یشکل جریان التعارض السابق فیما إذا کان لأحدهما شهادة رجلین و للآخر شهادة رجل و امرأتین، و لکن استظهرنا اعتبار شهادة رجل واحد مع یمین المدعی أو شهادة امرأتین مع یمینه فی موارد العین أیضا، و لا ینافی التفکیک بین شهادة المرأتین مع الرجل و بین شهادة الرجل مع یمین المدعی فی موارد الشهادة بملکیة العین معتبرة داود بن الحصین عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- حیث ورد فیها «فقلت أنی ذکر اللّه تعالی قوله فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ «۱» فقال ذلک فی الدین إذا لم یکن فرجل و امرأتان و رجل واحد و یمین المدعی إذا لم یکن امرأتان».

و ذلک فإنّ غایتها عدم دلالتها علی اعتبار شهادة رجل و یمین المدعی فی غیر الدین، و لا ینافی التعمیم بحسب دلالة سائر ما تقدم، نعم لا بأس بالالتزام بدلالتها علی الطولیة فی الاعتبار فلا یکون اعتبار مع البینة بشیء بشهادة رجل واحد و یمین المدعی الآخر بخلافه و لازم ذلک أن تقدم شهادة رجلین فیما إذا تعارض مع شهادة رجل و امرأتین.

و لکن التفریع غیر صحیح، و ذلک فإنّ الطولیة المستفادة منها بمعنی عدم

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۱

و کلّ موضع قضینا فیه بالقسمة فإنّما هو فی موضع یمکن فرضها کالأموال (۱) دون ما یمتنع کما إذا تداعی رجلان زوجة.

وجدان المدعی بالدین شهادة رجلین، و أمّا عدم الاعتبار بشهادة رجل و امرأتین فیما إذا وجد المدعی الآخر رجلین للشهادة فلا دلالة للمعتبرة علی ذلک أصلا.

فالعمدة فی وجه عدم معارضة بینة أحد المدعیین فی العین مع شهادة رجل للمدعی الآخر مع یمینه ما تقدم من انصراف أخبار التعارض إلی صورة تعدد الشاهد لکل من المتنازعین فی العین.

(۱) ذكر أنّ كل موضع يقضـى فيه بالقسمة و التحالف أو النكول أو بغيرهما إنّما هو فى مورد قابل للقسمة، أمّا ما لا تمكن فيه القسمة كما إذا ادعى رجل زوجية امرأة و أقام شاهدين بها و ادعى آخر زوجيتها أيضا و أقام شاهدين بها فلا يدخل فيما تقدم.

أقول: كان أولى ابدال فرض القسمة بفرض الشركة، و لعلّ مراده من القسمة الأعم من قسمة العين و القيمة.

و قـد يقال فى التنازع فى زوجيـة المرأة أنّ مع نكولهما يخلّى سبيلها و استشـكل بعضـهم بما إذا علم أنّها زوجـة لأحدهما بل مع عدم العلم أيضا، فإنّ البينتين و إن تساقطتا بالإضافة إلى مدلوليهما المطابقيين إلّا أنّهما تنفيان بالالتزام كونها خلّية أو زوجة لثالث.

و قـد يقال بأنّها إن اعترفت لأحـدهما بعينه يحكم بأنّها زوجة له أخذا باعترافهما و إن لم تعترف لأحدهما يقرع بينهما، و لا يحتاج من خرج بالقرعـة إلى الحلف، حيث أنّ القرعـة لتعيين الزوج لها لا من يصـير إليه الحلف، و فى رواية داود ابن أبى يزيد العطار عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى رجل كانت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۲

....

له امرأة فجاء رجل بشـهود أنّ هذه المرأة امرأة فلان و جاء آخران فشهدا أنّها امرأة فلان، فاعتدل الشهود و عدلوا قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو المحق و هو أولى بها» «۱»، و ظاهرها عدم الحاجة إلى اليمين بعد القرعة.

أقول: إنّها لضـعفها سـندا غير قابلـة للاعتماد عليها و مقتضـى بعض الروايات المعتبرة فى مثل دعوى الزوجية الإقراع بين المتنازعين مع اعتبار ضم اليمين، و فى صـحيحة الحلبى المتقدمة «عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا؟ قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» «۲»، و فى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه المتقدمة «كان على- عليه السلام- إذا أتاه رجلان بشـهود عـدلهم سواء و عددهم أقرع بينهم على أيّهما تصـير اليمين- الحديث» «۳»، بناء على ما تقدم من عدم اختصاصـها بـدعوى الحق المـدعى ظهوره فى المال و ظاهر التقييد فى حكايته- عليه السـلام- الإقراع بصورة تساوى البينتين فى العدد أنّ مع عدم تساويهما نرجح ما هو أكثر شهودا، و لكن بما أنّ لا دلالة لها على الحكم بمجرّد الترجيح فالمتيقن ضم اليمين، فيختصّ الإقراع بصورة تساوى البينتين كما هو ظاهر الفرض فى صحيحة الحلبى.

و لـا دليـل فى المقام أنّ مع نكول من رجّحت بينته أو أخرجتها القرعـة يرد اليمن على المـدعى الآخر و مع نكوله أيضا يقرع مرّة ثانية ليتعين الزوج كما هو المذكور فى كلام بعض الأصـحاب، لأنّ ما ورد فى حلف الآخر و ردّ اليمين فى فردين أحدهما التنازع فى العين فى ملكيتها، و الثانى ردّ اليمين من المنكر إذا ردّها

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸ و ۱۱: ۱۸۵.

؟؟؟؟؟ ۱۸۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸ و ۱۱: ۱۸۵.

؟؟؟؟؟ ۱۸۳.

(۳) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۸ و ۱۱: ۱۸۵.

؟؟؟؟؟ ۱۸۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۳

و الشـهادة بقـديم الملك اولى من الشـهادة بالحادث (۱) مثل أن يشـهد إحـداهما بالملك فى الحال و الأخرى بقـديمه، أو إحـداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم فالترجيح

على المـدعى هـو أو الحـاكـم و المفروض فى المقـام من الحلف هو حلف المـدعى الـذى تثبت دعواه بالبينـة بضم اليمين أو بـالقرعة بضمّها.

و على ذلك فإن حلف من رجحت بينته أو أخرجتها القرعـة ثبتت الزوجيـة، و إلّا يحكم بأنّها خلّية فيما إذا لم تعلم بزوجيتها لأحدهما إجمالا، كما هو مقتضى الأصل، و ما ذكر من دلالة البينتين التزاما فقد ذكرنا فى بحث الأصول أنّه لا مجال للدلالة الالتزامية مع سقوط المدلول المطابقى عن الاعتبار بالمعارضة فى البينات و غيرها من الأمارات.

و ممّا ذكرنا يظهر أنّها لو اعترف بزوجيتها لأحـد المدعيين معينا ثبتت الزوجية بينهما باعترافهما، يعنى باعتراف كل منهما بالحق للآخر عليه، و على ذلـك فيكون طرف المـدعى الآخر كل من المعترفين، فأيّهما حلف على نفى دعواه لسـقوط بينته عن الاعتبار بالمعارضـة سقطت دعواه.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- لترجيح احدى البينتين المتعارضتين على الأخرى مرجحات:

الأوّل أن تشـهد احـدى البينتين بالملك لأحد المتنازعين فعلا، و الأخرى بقدم الملك للمتنازع الآخر، الثانى أن تشـهد إحداهما بقدم الملك لأحـدهما و الأخرى بالملك الأقـدم للآخر و يسـمّى كلا الفرضـين بالترجيـح بالتاريـخ، و علّل الترجيح فى بعض الكلمات بأنّ البينتين تتعارضان فى الملك فى الحال فى الفرض الأوّل و فى الحال و القديم فى الفرض الثانى و لكن الملك بالإضافة إلى الماضـى فى الأوّل و الأقدم فى الثانى بلا معارض لاختصاص احدى البينتين به، فيستصحب ذلك الملك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۴

لجانب الأقدم و كذا الشهادة بالملك اولى من الشهادة باليد لأنّها محتملة و كذا

و ربّما يسـتدل على ذلك بما ورد فى رواية عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «كان أيضا- أى على- عليه السلام- إذا اختصم إليه الخصـمان فى جاريـة فزعم أحـدهما أنّه اشتراها و زعم الآخر أنّه أنتجها فكانا إذا أقاما البينة جميعا قضـى بها للذى أنتجت عنده» «۱».

أقول: أمّـا الروايـة فلضـعفها سـندا و احتمـال اختصـاص الحكم فى التنـازع فى الجاريـة لا يمكن أن تكون سـندا للترجيـح بالتاريـخ، و الصـحيح لو كـانت شـهادة أحـدهما بالملـك السـابق فقط كما يوهم ظاهر المتن و لكن من أقامها كان نزاعه مع الآخر فى الملك فى الحـال فلاـ تفيـده البينـة بملـك القـديم، بل يحكم بثبوت دعوى المـدعى الآخر بملك الحال ببينته به من غير فرق بين كون العين بيد صـاحب البينـة بملـك القـديم أو بيـد شـخص ثـالث، نعم إذا كانت العين بيـدهما أو بيـد صاحب البينـة بملك الحال فعليه أن يحلف لصاحب البينـة بملك القـديم، لأنّه يحسب منكرا إذا كان المال بيده بالإضافة إلى دعوى الآخر فى تمام المال أو بالإضافة إلى ما بيده من النصف، و قد تقدم أنّ بينة المنكر لا تغنى عن الحلف، أمّا إذا كانت بينة الملك القديم تشهد باستمرار الملك له من قديم الزمان إلى الحال، و لعلّه مراد الماتن- قـدّس سـرّه- ففى الفرض البينتان متعارضـتان و بما أنّ لكل من المتنازعين بينـة فتـدخل الخصومة فيما وردت فى معتبرة إسـحاق بن عمّـار و معتبرة غيـاث بن إبراهيم، فيؤخـذ بهمـا على مـا تقـدم، و إن نوقش فى ذلـك بأنّ المفروض فى المعتبرتين و غيرهما عدم اختلاف البينتين من حيث تاريخ المشـهود به، و المفروض فى المقام اختلافهما فلا يعمل فى الفرض على ما تقدم من الصور فيما إذا تنازعا فى عين و لم يكن لأحدهما بيّنة بدعوى انّه بعد تساقط البينتين كما هو فرض عدم الدليل على

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۵: ۱۸۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۵

الشهادة بسبب الملك أولى بالشهادة بالتصرف.

الترجيح بالتاريخ ليكون المفروض من صغرياته، و ذلك فإنّه لا بأس فى الفرض بالأخذ بصحيحة عبد الرحمن و الحلبى و الحكم بالأقراع ليتعين الحال منهما.

فلا يقال شهادة إحدى البنتين بالإضافة إلى الملك الماضى بلا معارض، فيؤخذ به و يستصحب و نتيجة ذلك نتيجة تقديم البينة الشاهدة بملك القديم.

مضافا إلى أنّه لا- مجال لدعوى ثبوت الملكية فى الماضى لعدم التعارض بالإضافة إليها، و الوجه فى عدم المجال أنّ الملكية فى الماضى مدلول بينة مبتلاة بالمعارض، و ليس الملكية السابقة مدلولا مع قطع النظر عن الملكية الحالية لتنحلّ البينة القائمة بملك القديم إلى بينتين إحداهما مبتلاة بالمعارض دون الأخرى.

الثالث من المرجحات: الترجيح بحسب المدلول بأن يكون مدلول احدى البينتين ملك العين لأحدهما و مدلول الأخرى كونها بيد الآخر حيث تقدم بينة الملك بدعوى أنّ اليد على العين أعم، فيمكن كونها للعارية و الوكالة و غيرهما.

و لا يخفى أنّ بينة الملك و إن يؤخذ بها، و لكن الأخذ ليس لترجيحها على البينة الأخرى، فإنّ بينة اليد لا تزيد على العلم الوجدانى بأنّ العين بيد من يدعى الآخر عليه ملكيتها، فيكون صاحب بينة اليد أو بينة التصرّف، حيث إنّ التصرّف مرجعه إلى اليد منكرا و صاحب بيّنة الملك مدعيا بلا تعارض بين البينتين، بل التعارض بين قولى المتنازعين و الحاصل انّ لفرض خارج عن مدلول الأخبار المتقدمة الظاهرة فى فرض التعارض بين البينتين، فيؤخذ فيه بقاعدة البينة للمدعى بعد صيرورة الآخر منكرا ببينة اليد أو التصرف.

و نظير ذلك ما إذا شهدت احدى البينتين بسبب الملك لأحدهما و الأخرى بالتصرف من الآخر، حيث إنّ التصرّف عبارة أخرى عن كون العين بيد ذلك الآخر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۶

[الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة]

الثالثة: إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمة (۱) حاضرا كان المقر له أو غائبا فإن قال المدعى أحلفوه انّه لا- يعلم أنّها لى توجهت اليمين لأنّ فائدتها الغرم لو امتنع لا- القضاء بالعين لو نكل أو ردّ و قال الشيخ لا يحلف و لا يغرم لو نكل و الأقرب أنّه يغرم لأنّه حال بين المالك و ماله

---

(۱) لو كانت العين بيد واحد و ادعاها آخران بأن قال كل منهما أنّها لى و اعترف ذو اليد بها لأحدهما المعين فلا ينبغى التأمّل فى نفوذ إقراره على نفسه، و ملكية غير المقرّ له غير محرزة، ليقال أنّ الإقرار هو على الغير أيضا بل عدم الملكية للغير محرز بالأصل، فيحكم بأنّ العين للمقرّ له فتتوجه دعوى غير المقرّ له بملكية تلك العين إلى المقرّ له.

و هل لهذا المدعى أن يقول فليحلف ذو اليد على أنّه لم يكن عالما بأنّ العين لى و بتعبير آخر تسمع دعوى العلم على المقرّ؟ ذكر الماتن- قدّس سرّه- تسمع لأنّه إذا لم يحلف ذو اليد و ردّ اليمين هو أو الحاكم على مدعى العلم عليه فحلف يغرم ذو اليد قيمة العين، لأنّه حال بين العين و مالكها بالإقرار للآخر و ذكره الحيلولة ظاهره سماع دعوى العين حتى مع بقاء العين بيد المقرّ له.

و ذكر فى المسالك بعد تقييد السماع بصورة تلف العين أنّ السماع مبنى على أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه يعلم بأنّ العين كانت لمدعى العلم عليه يوجب غرم القيمة، أمّا إذا بنى على أنّ إقراره بذلك لا يوجب الغرم، كما عليه الشيخ فى أحد قوليه، فسماع دعوى العلم

مبنى على أنّ اليمين المردودة من ذى اليد المقرّ لأحدهما بالعين بمنزلة البينة، أمّا إذا قيل بأنّ اليمين المردودة كإقراره فلا تسمع لعدم الفائدة فى الدعوى المزبورة على تقدير كونها كالإقرار، لأنه لو اعترف المقرّ بأنّه كان يعلم لا يوجب هذا الإقرار غرما، فكيف ما هو بمنزلته، يعنى اليمين المردودة بخلاف ما إذا قلنا بأنّ اليمين المردودة كالبينة فإنّه تسمع دعوى العلم، لأنّه إذا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۷

بإقراره لغيره و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم (۱) لأنّها خرجت عن ملك المقر و لم

قامت البينة بعد اعترافه بالعين للمقرّ له مع تلف العين بأنّه كان يعلم بأنّها للمدعى الآخر أخذ البدل على ما هو المقرّر فى باب تعاقب الأيدى على عين مع فرض تلفها، فتكون اليمين المردودة مثل قيام تلك البينة.

و ناقش فى الجواهر بعد الإغماض عن تقييد السماع بصورة تلف العين بأنّه لو قيل بأنّ اليمين المردودة كالبينة القائمة بالدعوى فلا تسمع دعوى العلم، فإنّ البينة التى يوجب قيامها ضمان المقرّ هى البينة القائمة بأنّ العين كانت للمدعى الآخر، كما هو المعروف فى باب الإقرار، لا البينة القائمة بأنّ ذى اليد كان يعتقد عند إقراره لأحد المدعيين أنّ مالك العين هو المدعى الآخر و اليمين المردودة بمنزلة البينة على الدعوى المفروض كونها دعوى العلم على المقر لا دعوى أنّ العين كان له، فإنّ هذه الدعوى تتوجّه إلى المقرّ له كما تقدم.

أقول: قد تقدم أنّه لا مجال لدعوى العلم على المقر فيما إذا أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له مع بقائها أو بدلها مع تلفها، فإنّه قد وصل إليه ما كان مالكا لها من نفس العين أو بدلها، و إذا لم يأخذ من المقر له و لو بتركه الدعوى عليه فيمكن له دعوى العلم على المقرّ، حيث إنّ دعوى العلم عليه يعدّ من دعوى الإتلاف و إدخاله فى الخسارة لنفوذ إقرار ذى اليد، و لا يفرق أيضا فى سماع هذه الدعوى بين بقاء العين و عدمه، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) و لو أنكر المقر له كون العين له يسمع إنكاره، لأنّه اعتراف على نفسه، و على الحاكم أن يحفظ العين حتى يحرز مالكها، و لو أقام مدعيها بينة أو شاهدا و حلف معه على أنّ العين له يحكم بأنّها له، و إلّا تبقى بيد الحاكم، فيعمل فيها بوظيفة المال المجهول مالكه. و احتمل العلّامة فى القواعد دفعها إلى من يدعيها

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۸

تدخل فى ملك المقر له، و لو اقام المدعى بينة قضى له و امّا لو أقر المدعى عليه بها

و لو لم تكن له بينة أو شاهد بلا حاجة إلى يمينه، لأنّ دعواه من دعوى ملكية عين بلا معارض و لا يخفى ما فيه فإنّ دعوى ملكية المال تسمع فيما لم يكن بيد من يكون وظيفته إيصاله إلى مالكه، كما هو المقرّر فى باب اللقطة و المال المجهول مالكه.

و المحكى فى الجواهر عن بعض العامّة أنّه لو نفى المقرّ له كون المال له يقال للمقرّ أنّك نفيت المال عن كونه لك، و قد ردّه المقرّ له أو نفى كونه له، فإن لم تقرّ به لمعروف بحيث تنصرف الخصومة إليه أو لم تدعيه لنفسك جعلناك ناكلا، و إذا حلف المدعى استحق المال.

و لا يخفى أنّ الذى يردّ مع نكوله اليمين على المدعى هو من يتوجه إليه اليمين و يمتنع عن الحلف، و مع اعتراف المقرّ بأنّه ليس المال له يدخل المال فى المجهول مالكه، و لا يتوجه إليه يمين.

و المحكى عن العلّامة فى التحرير أنّ العين تترك فى يد المقرّ حتى تقوم الحجّة بأنّها لغيره، لأنّ إقراره بأنّ المال لغيره قد بطل بإنكار المقرّ له، و فيه أيضا أنّ إقرار المقرّ بأنّ المال ليس له لم يبطل و إنّما بطل قوله بأنّ المال للآخر الذى عيّنه.

ثمّ إنّه لو رجع المقرّ له عن إنكاره و صدّق المقرّ بأنّ العين له، فعن التذكرة أنّ المقرّ له يأخذ المال لزوال حكم إنكاره بتصديقه ثانيا

و بقى إقرار المقرّ بلاـ معارض. و لاـ يخفى ما فيه أيضا، فإنّه لا دليل على سماع تصديقه بعد إنكاره فإنّ إنكاره اعتراف على نفسه بخلاف تصديقه، نظير ما إذا رجع ذو اليد المقرّ عن إقراره بأنّ المال لغيرى فقال بل المال لى. و المتحصل يأخذ الحاكم العين المزبورة و يعمل فيها بالوظيفة فى المال المجهول مالكه.

أقول: الوجه فى أخذ الحاكم العين مع أنّ المال المجهول مالكه إذا كان بيد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۶۹

لمجهول لم تندفع الخصومة و الزم البيان (۱).

انسان لا يؤخذ منه هو أنّ اعتراف ذى اليد بأنّه لفلان مع إنكار ذلك الفلان كونه له يعدّ من عدوان ذى اليد فى ذلك المال، فيؤخذ منه و لو لم يكن منه إقرار و من المقرّ له إنكار لم يؤخذ منه لحمل يده فى المال على الصحة.

(۱) لو أقرّ من بيده العين بأنّها ليست له بل للغير و لكن لم يعين ذلك الغير ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّه لا تندفع الخصومة عنه، بل يلزم بالبيان.

أقول: يكفى فى دفع الخصومة عنه اعترافه بأنّ العين للغير غاية الأمر لو كان قوله أنّها للغير بحيث خرج المدعى من أطراف الاحتمال كما إذا قال أنّها ليست لى و لا لك بل للغير تتوجه الدعوى إلى المالك الغائب، فإن كانت للمدعى بينة أو شاهد و حلف معه يأخذ العين و يحكم بأنّها له مع أخذ الكفيل كما فى الدعوى على الغائب، و لو لم يكن له شاهد و يمين يترك العين بيد المقرّ فيما لو احتمل الصحّة فى يده عليها، بخلاف ما لو أقرّ أنّ يده على العين عادية فإنّ الحاكم يأخذها كما مرّ، و الحاصل أنّ الدعوى فى الفرض تنصرف عمّن فى يده العين إلّا أن يدعى عليه بأنّه يعلم بأنها للمدعى.

أمّا إذا كان قوله و ليست لى العين بحيث لم يخرج المدعى عن أطراف الاحتمال كما لو قال: لا أدرى لمن هو لك أو لغيرك، فإن كان للمدعى بينة أو شاهد و حلف معه أخذها و لا يحتاج فى الدفع إليه فى الفرض إلى الكفالة لعدم إحراز كون دعواه على الغائب، كما فى دفع اللقطة و المجهول المالك إلى من أقام الحجّة بأنّه المالك، و ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- من أنّه لو أقرّ من بيده المال للغير من غير تعيين يلزم بالبيان، فلا أرى له وجها صحيحا بعد ما ذكرنا اندفاع الخصومة عنه بالإقرار المزبور و الدعوى عليه بأنّه يعلم أنّ مالكها هو المدعى دعوى أخرى غير دعوى ملكية المال عليه على ما تقدم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۰

[الرابعة: إذا ادّعى أنّه آجره الدابة و ادّعى آخر أنّه أودعه إياها]

الرابعة: إذا ادّعى أنّه آجره الدابة و ادّعى آخر أنّه أودعه إياها تحقق التعارض (۱) مع قيام البينتين بالدعويين و عمل بالقرعة مع تساوى البينتين فى

---

(۱) ظاهر كلامه- قدّس سرّه- أنّه فيما لو قال أحد المتنازعين فى العين التى بيد زيد آجرتها منه، و قال الآخر: أودعتها عنده، يكون غرض كل منهما من دعوى الإجارة و الوديعة ملكية العين له لا لذى اليد و لا للمدعى الآخر، فمع تساوى البينتين يقرع بين المتنازعين على ما تقدم، و إلّا يحلف من تكون بينته أرجح.

و فى الجواهر إن خرج أحدهما بالقرعة يحلف و يحكم بأنّ العين له، و مع عدم حلفه يحلف الآخر، و مع نكولهما أيضا يقتسمان. و على ذلك يكون المفروض فى المقام من صغريات دعوى الاملاك، لا الاختلاف فى العقود.

أقول: هذا فيما إذا كان ظاهر كل من البينتين هو الشهادة بالمالك للمشهود له بالتصرّف، و إلّا فمجرّد الشهادة بتصرّف لا توجب تحقق التعارض بين البينتين فى الملك، ليدخل المفروض فى المقام فيما ورد فى معتبرتى إسحاق بن عمّار و غياث ابن إبراهيم، أو ما دلّ على الإقراع فى تعارض البينتين مطلقا، حيث إنّ ظاهرها تعارض البينة فى المدعى به.

ثمّ إنّه قد ذكرنا أنّ المفروض فى المقام لا يدخل فى الاختلاف فى العقود نظير ما إذا كانت عين بيد زيد و ادعى انّه استأجرها من عمرو و قال عمرو لا بل هى عارية، فإن هذا الاختلاف من الاختلاف فى العقود و يقدم قول المالك و لو مع البينة لكل منهما، لأنّ من بيده العين معترف بأنّها ليست له، بل أنّه يملك منفعتها من المالك يعنى عمرو، و المالك ينكره، و بما أنّ بينة المدعى مبتلاة بالمعارض فيحلف المالك على نفى الإجارة، كما أنّه لو انعكس الأمر و ادعى المالك أنّه استأجرها سنة و قال من بيده العين أنّه أودعهما عنده يحلف ذو اليد، لأنّ المالك يدعى عليه الأجرة، و الأصل عدم وقوع الإجارة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۱

عدم الترجيح.

و ما يقال أنّه يقدم قول المالك لأنّ الأصل فى الأموال ضمان المنافع و الأعيان بضمان معاملى أم بغيره و يستفاد ذلك من الروايات المتفرقة و السيرة لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ الثابت موارد وضع اليد على مال الغير بلا ثبوت الاذن من المالك فى الوضع أو ثبوت عقد موجب للضمان بنفسه أو بالاشتراط، و المفروض فى المقام اذن المالك فى وضع اليد، و الأصل عدم ثبوت الإجارة.

هذا كلّه بحسب القاعدة الأوّلية، و يمكن أن يدعى مع قيام البينة لقول كل من المالك و من بيده العين يدخل الفرض فى مدلول صحيحة عبد الرحمن المتقدمة الدالة على أنّ مع تساوى البينتين فى الوصف و العدد يخرج من يقع له الحلف على غريمه بالقرعة، و نحوها صحيحة داود بن سرحان عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى شاهدين شهدا على أمر واحد، و جاء آخران فشهدا على غير الذى شهدا عليه و اختلفوا قال يقرع بينهم فأيّهم قرع عليه اليمين و هو أولى بالقضاء» «۱»، و صحيحة الحلبى المتقدمة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «عن رجلين شهدا على أمر و جاء آخران فشهدا على غير ذلك فاختلفوا قال: يقرع بينهم فأيّهم قرع فعليه اليمين و هو أولى بالحق» «۲»، و مع اختلاف البينتين فى العدد يحلف من كان عدد شهوده أكثر على ما تقدم.

و على الجملة: لا يختص ما تقدم فى تعارض البينتين بدعوى الاملاك بل يجرى ما دلّ على الترجيح بالعدد و الإقراع مع التساوى فى موارد الاختلاف فى العقود و لكنها موهومة، فإنّ ظاهر ما ورد فى الترجيح أو الإقراع ما إذا كان التنازع فى أمر يتردّد أمره بين شخصين أو أكثر.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۸۳.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۱: ۱۸۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۲

[الخامسة: لو ادعى دارا فى يد انسان و اقام بينة أنّها كانت فى يده أمس]

الخامسة: لو ادعى دارا فى يد انسان و اقام بينة أنّها كانت فى يده أمس أو منذ شهر قيل لا يسمع هذه البينة (۱) و كذا لو شهدت له بالملك أمس لأنّ ظاهر اليد الآن الملك فلا يدفع بالمحتمل و فيه اشكال و لعلّ الأقرب القبول و أمّا لو شهدت بينة المدعى أنّ صاحب اليد غصبها أو استأجرها منه حكم بها لأنّها

(۱) لو كانت دار فى يد زيد و ادعاها عمرو و أقام بينة فشهدت بأنّ الدار كانت بيد عمرو قبل شهر أو أنّها كانت لعمرو قبل شهرين من غير أن تشهد بملكيتها له فعلا فقد يقال كما هو ظاهر الماتن- قدّس سرّه- أنّه تسمع هذه البينة، حيث يثبت بها ملك عمرو سابقا، و يستصحب هذا الملك، فيثبت أنّها ملك عمرو فعلا فتكون البينة مع الاستصحاب المزبور مثبتة لملكها لعمرو فتؤخذ الدار من زيد و تعطى لعمرو.

أقول: لا تسمع البيّنة المزبورة حتى إذا شهدت بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر و الوجه، فى ذلك أنّ القضاء بكون الدار لأى منهما لا بد أن يستند إلى بيّنة المدعى، و مع عدمها تصل النوبة إلى يمين المدعى عليه بعد تمييز المدعى عليه عن المدعى.

و نقول فى تمييز المدعى عليه فى المقام أنّ البينة بأنّ الدار كانت لعمرو قبل شهر لا تثبت الملك لعمرو فعلا و لا تجعل عمرا المدعى عليه، لأنّها شهدت بالسابق و لا يستصحب الملك السابق فى مقابل اليد الفعلية لزيد لحكومة قاعدة اليد على الاستصحاب، كما هو المقرر فى محلّه، و مقتضى اليد الحالية لزيد أنّ الدار ملك له فعلا، فيكون عمرو مدعيا، و بما أنّه لا بينة له بملكية الدار فعلا تصل النوبة إلى إحلاف ذى اليد، و مع حلفه تسقط دعوى عمرو.

هذا فيما إذا لم يعترف زيد بأنّ الدار اشتراها من عمرو و إلّا تنقلب الدعوى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۳

شهدت بالملك و سبب اليد الثانى و لو قال غصبنى ايّاها و قال آخر بل أقرّ لى بها و أقاما بينة قضى للمغصوب منه (۱) و لم يضمن المقرّ لأنّ الحيلولة لم يحصل

فيصير عمرو المدعى عليه و زيد هو المدعى، و ذلك فإنّه لا اعتبار باليد فيما كان صاحبها معترفا بأنّ المال انتقل إليه من مدعيه، و يكون مقتضى الاستصحاب بقاء الملك القديم بعد سقوط اعتبار اليد، و قول عمرو مطابق لذلك الاستصحاب، فيحلف على عدم نقلها إلى زيد.

و نظير ذلك ما لو شهدت البينة بأنّ زيدا اعترف بأنّ العين كانت لعمرو فاشتراها منه، فإنّ ثبوت اعترافه بالبينة يوجب سقوط يده الحالية على العين عن الاعتبار، و هذا هو الفارق بين شهادة البينة بأنّ الدار كانت قبل شهر لعمرو، حيث لا توجب هذه الشهادة سقوط اليد الحالية عن الاعتبار، و بين البينة باعتراف زيد بأنّ الدار كانت لعمرو فاشتراها منه.

و نظير البينة باعتراف زيد الشهادة بأنّ يد زيد كانت على العين يد عدوان أو يد استيجار فى الدار، فإنّه يستصحب بقاء الدار على ملك عمرو، و لا يكون هذا من تقديم الاستصحاب على اليد الفعلية، بل اليد المحرزة حالها سابقا غير معتبرة فى الملكية الفعلية فيما إذا كان المالك سابقا منكرا لانتقالها أو مطلقا على ما ذكر فى محلّه.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لو كانت العين بيد شخص، و ادعى عمرو عليه بأنّه قد غصبها منه و أن يده فيها يد غصب، و ادعى زيد أنّ العين له، حيث إنّ ذا اليد اعترف بأنّها له، و أقام كل من عمرو و زيد بينة، عمرو بالغصب منه و زيد بالإقرار له، أنّه يحكم بأنّ العين لعمرو و لا يخسر ذو اليد لزيد البدل، حيث إنّ ما تقدم من أنّ المقرّ يغرم للمقرّ له البدل يختص بما إذا كان دفع العين إلى أحد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۴

بإقراره بل بالبينة.

المتنازعين بإقراره أيضا، كما إذا أقرّ للعين بعمرو ثم أقرّ بها لزيد، فإنّه يخسر لزيد بدلها، و لكن دفع العين إلى عمرو فى مفروض الماتن- قدّس سرّه- بالبينة التى شهدت بأنّ العين مغصوبة من عمرو فلا يكون إقرار ذى اليد بعد ذلك بأنّها لزيد إقرارا بإتلاف العين

له، كما فى صورة الإقرار بعد الإقرار.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۵

[المقصد الثانى فى الاختلافات فى العقود]

اشارة

المقصد الثانى فى الاختلافات فى العقود إذا اتّفقا على استيجار دار معينة شهرا معيّنا و اختلفا فى الأجرة و اقام كلّ منهما بينة بما قدّره فإن تقدّم تاريخ أحدهما عمل به (۱) لأنّ الثانى يكون باطلا و إن كان التاريخ واحدا تحقّق التعارض إذ لا يمكن فى وقت واحد وقوع عقدين

---

(۱) قد تقدم أنّ مع فرض التعارض بين البينتين لا يكون تقدم التاريخ مرجحا لإحداهما أو معينا، كما إذا علم وقوع عقد إيجار واحد، فكل من البينتين تنفى وقوع الآخر و تقدم التاريخ فى إحداهما و تأخره فى الأخرى لا يوجب سقوط دلالتهما الالتزامية أو ارتفاع تلك الدلالة عمّا يعيّن التاريخ فى التأخر، و على ذلك فلا فرق بين اتحادهما فى التاريخ أو اختلافهما.

و قد يقال إنّ فى موارد الاختلاف فى الأجرة، سواء أ كان الاختلاف بالزيادة و النقيصة أم بالتباين، كما إذا عيّنت إحداهما الأجرة بالدينار و الأخرى بالدرهم يكون الحكم هو التحالف بلا فرق بين كون المخاصمة قبل استيفاء المنفعة أم بعده، و ذلك فإنّ المعيار فى كون أحد المتخاصمين مدعيا و الآخر منكرا هو ملاحظة مصب الدعوى، لا الغرض المترتب على ذلك المصب، و المراد بالمصب ما يذكره المتخاصمان، و عليه فلو ادعى مالك الدار أنّ الأجرة فى عقد الإجارة عشرة، و الآخر أنّ الأجرة فى عقدها خمسة فكل منهما يدعى عقدا خاصّا، حيث

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۶

متنافيين و حينئذ يقرع بينهما و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه هذا اختيار شيخنا فى المبسوط و قال آخر يقضى ببيّنة المؤجر لأنّ القول قول المستأجر. لو لم يكن بيّنة إذ

يختلف عقد عن عقد آخر باختلافهما فى أحد العوضين، فدعوى المالك أنّه استأجرها بعشرة، كما أنّها تنفى بالأصل كذلك دعوى الآخر أنّه استأجرها بخمسة. و لا اعتبار فى الأصل الجارى فى عدم اشتغال ذمة المستأجر بالخمسة الزائدة، فإنّه لا اعتبار فى تشخيص المدعى عن المدعى عليه بالأصل الجارى فى الغرض، بل الملاك فيه بالأصل أو القاعدة الجارية فى نفس مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقا للأصل أو القاعدة الجارية فيه فهو المدعى عليه، فتطلب البينة من الآخر، و إن كان قول كل منهما مخالفا للأصل أو القاعدة الجارية فيه فكل منهما مدّع و منكر، فتصل النوبة إلى التحالف.

و هذا ظاهر كلام الشيخ- قدّس سرّه- فى المبسوط، و احتمله الماتن و العلّامة- قدّس سرّهما- و مال إليه فى جماع المقاصد، و عليه فعند اختلافهما فى مقدار الأجرة المسماة و البينة لكل منهما يخرج من يقدم بينته و يحلف صاحبها، أمّا مع عدم البينة لواحد منهما فيحلفان، و يحكم بانفساخ عقد الإجارة، فإن كانت المخاصمة بعد الاستيفاء يملك مالك الدار اجرة المثل إلّا إذا كان ما يدعيه من الأجرة أقل من اجرة المثل، فإنّه يحكم بالأقل أخذا باعترافه بأنّه لا يستحق الزائد، و أمّا إذا كانت قبل الاستيفاء فترجع الدار بمنافعها إلى مالكها و لا شيء على المستأجر.

لا ـ يقال: يترتب على ما ذكر أنّه لو ادعى المقرض أنّه أقرضه عشرة، و قال الآخر: اقترضت خمسة، أن يحكم بالتحالف لاختلاف العقدين، و كذلك فيما إذا اختلفا فى الإبراء، فقال المدين أبرأتنى من الألف، و قال الدائن: أبرأتك من المائة مع أنّه يظهر اتفاقهم على تقديم قول منكر الزيادة فى القرض و الإبراء، و بذلك

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۷

هو يخالف على ما فى ذمّة المستأجر فيكون القول قوله.

أجاب الشهيد الثانى فى المسالك عن القول بالتحالف فى مسألة الاختلاف فى مقدار الأجرة المسماة.

فإنّه يقال: لو تسالما على جريان عقد قرض واحد، و اختلفا فى أنّ متعلّق العقد كان العشرة أو الخمسة فيحكم بعد التحالف بتنصيف الخمسة الزائدة لقاعدة التنصيف، أمّا إذا ادّعى الدائن أقرضتك عشرة و لم يذكر أنّه باقتراض واحد أو متعدد، و قال المديون أنّه اقترض خمسة فالمورد من موارد الدعوى و الإنكار، و يظهر من كلام صاحب الجواهر اختيار ذلك فى المقام.

و لكن المحكى عن مفتاح الكرامة أنّه نسب إلى المشهور أنّه يلاحظ فى تعيين المدعى عن المنكر الغرض، لا مصب الدعوى، فإن كان قول أحد المتخاصمين موافقا للأصل أو القاعدة بحسب الغرض فهو المدعى عليه، و الآخر مدّع، و إن كان قول كل منهما مخالفا يكون من مورد التحالف، و على ذلك تكون مسألة الاختلاف فى مقدار الأجرة أو مقدار المال المقترض أو مقدار المال المبرء من موارد الدعوى و الإنكار.

أقول: هذه المسألة يعنى كون المعيار فى تشخيص الدعوى و الإنكار مصب الدعوى أو الغرض و إن لم تكن معنونة فى كلمات الأصحاب استقلالا، إلّا أنّه استظهر القولين من كلمات الأصحاب فى موارد الاختلاف فى العقود، و قد تقدم سابقا أنّه لم يرد فى الروايات غير كون البينة على المدعى و اليمين على من ادعى عليه، و من يقول بملاحظة مصب الدعوى يلتزم بأنّ صدق عنوانى المدعى و المدعى عليه بملاحظته كما أنّه يلتزم من يقول بملاحظة الغرض بأنّ صدقهما بلحاظه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۸

و من كان القول قوله مع عدم البيّنة كانت البيّنة فى طرف المدعى و حينئذ

و لكن بعد التسالم على أنّ الشارع لم يخترع فى الدعوى على الغير اصطلاحا، بل هى بمعناها العرفى موضوع للحكم فمعنى الدعوى على الغير عرفا أن يكون قوله مشتملا لمطالبة الغير بحق مالى أو غيره أو ثبوت ما يزول معه ما كان للغير من الحق ممّا يحتاج كل من الحق و ثبوت المزيل عند العقلاء إلى الإثبات من غير فرق بين أن يذكر ذلك الحق أو المزيل بالدلالة المطابقية أو بالدلالة الالتزامية، بخلاف المدعى عليه فإنّ قوله لا يشمل مطالبة الغير بحق لم يثبت أو ينفى أن يكون عليه للغير حق و لعدم مخالفة قوله الحجّة المعتبرة فى حق الجاهل و منه القاضى بينهما لا يحتاج قوله إلى الإثبات.

ثمّ إنّ الحجّة عند الجهل بالواقعة تختلف فقد يكون ما هو الحجّة شرعا عند الجهل بالواقعة ممّا لا يعتبره العقلاء، و قد يكون ما يعتبره العقلاء مردودا من قبل الشارع فيترتب على ذلك أن يكون المدعى عليه فى المورد الأوّل شرعا غير مصداق للمدعى عليه عند العقلاء، و يكون المدعى عليه فى المورد الثانى عندهم مدعيا بحسب الشرع، كما إذا اتّفقا على جريان عقد على العين الخارجية و اختلفا فى كونه بيعا لها بألف أو إجارتها عشر سنوات بألف، فالمالك يدعى أنّه استأجرها و الآخر يدعى أنّه اشتراها ربّما أنّ الاستصحاب حجّة شرعا عند الجهل بالواقع و انّه أصل عملى لا يثبت به اللوازم فيكون مالك العين منكرا لمطابقة قوله مع استصحاب عدم البيع و على الآخر إثباته، و لا يعارض الاستصحاب فى ناحية عدم البيع بالاستصحاب فى ناحية عدم إجارتها، لأنّ الاستصحاب فى ناحية عدم الإجارة لا أثر له للعلم بأنّ الآخر يملك منفعة العين فى عشر سنوات امّا استقلالا أو تبعا لملك العين، كما أنّ المالك

يملك الألف أمّا إجارة أو ثمنا و المفروض أنّ الاستصحاب فى عدم الإجارة لا يثبت وقوع البيع، فيبقى الاستصحاب فى ناحية

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۷۹

نقول هو مدعى زيادة و قد أقام البيّنة بها فيجب أن يثبت و فى القولين تردّد.

عدم البيع بلا معارض، من غير فرق بين طرح الدعوى كما ذكر أو طرحها بأن قال المالك العين بيد القباض أمانة بالاستيجار و قول الآخر أنّ يده عليها يد ملك بالشراء منه.

و الحاصل: انّ أراد القائل باعتبار مصب الدعوى أنّ مع جريان الأصل أو القاعدة فى المصب الحاكمة على القاعدة أو الأصل الجارى فى الغرض يلاحظ الأصل الحاكم أو القاعدة الجارية فى المصب الحاكمة على ما فى ناحية الغرض فهو صحيح، كما ذكرنا، حيث لا اعتبار بالأصل المسببى مع وجود الأصل الجارى فى السبب، و ان أراد أنّه مع عدم أصل معتبر أو قاعدة معتبرة فى المصبّ لا اعتبار بالأصل أو القاعدة الجارية فى الغرض فقد ذكرنا ضعفه و أنّه لا موجب للحاكم أن يرفع يده عن تلك الحجّة بعد ما تقدم من توضيح الدعوى على الغير.

و على ما ذكرنا ففى موارد الاختلاف فى البيع و الإجارة مع اتفاقهما فى العوض كما فى المثال المتقدم يقدّم قول المالك فى عدم البيع، و مع عدم اتفاقهما فى العوض يكون الحكم هو التحالف، أمّا فى مسألة الاختلاف فى الأجرة بعد اتفاقهما على الإجارة فالقول قول من يدعى الأقل، فمدعى الزيادة عليه البيّنة و مع عدمها يحلف الآخر على عدم الزيادة، كانت الخصومة قبل استيفاء المنفعة أم بعده، و ذلك لأصالة براءة ذمة المستأجر عن الزائد من الأقل، بل لأصالة عدم جريان الإجارة على الأكثر. و لا يعارض بالاستصحاب فى ناحية عدم جريان الإجارة على الأقل، حيث إنّ اشتغال ذمة المستأجر بالأقل محرز فلا مورد فيه للاستصحاب و بالإضافة إلى وقوع الإجارة على الأكثر من الأصل المثبت، و ممّا ذكر يعلم الحال فى مسألتى دوران القرض و المقدار فى الإبراء بين الأقل و الأكثر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۰

لو ادّعى استيجار دار فقال الموجر بل آجرتك بيتا منها قال الشيخ يقرع بينهما (۱) و قيل القول قول الموجر و الأوّل أشبه لأنّ كل واحد منهما مدع و لو اقام كلّ

---

(۱) لو ادعى استيجار دار فقال مالكها آجرتك بيتا منها يحلف المالك على عدم اجارة الدار فتسقط دعوى المستأجر، لأنّ أصالة عدم اجارة الدار بتمامها توافق قول مالكها، و لا تجرى أصالة عدم جريانها على البيت، فإنّها لا تثبت جريانها على الدار.

و المتحصل: أنّه لا فرق بين الاختلاف فى مقدار الأجرة و الاختلاف فى مقدار العين المستأجرة أو الاختلاف فى المدة المستأجر فيها، ففى جميع موارد التردّد و الخلاف بين الأقل و الأكثر يقدم من يقول بالأقل، و يحلف على نفى الزيادة، إلّا أن تكون لمدعى الأكثر بينة غير مبتلاة بالمعارض.

و إذا كان الاختلاف فى الأجرة أو فى العين المستأجرة أو فى المدة من الاختلاف فى المتباينين يكون المورد من موارد التداعى فيتحالفان، فيحكم بالانفساخ كما، إذا قال المؤجر آجرتك البيت الشرقية، و قال المستأجر: استأجرت الغربية، لأنّ المستأجر يدعى ملكية منفعة البيت الغربية و المؤجر ينكرها و المالك يدعى استحقاقه الأجرة بدفع البيت الشرقية و ينكره المستأجر.

بقى الكلام فيما ذكره الماتن- قدّس سرّه- فى صورة اختلافهما فى مقدار العين المستأجرة، كما إذا شهدت احدى البينتين أنّ المالك آجر البيت سنة بكذا أى بعشرة مثلا، و شهدت بينة أخرى بأنّه آجر الدار سنة بعشرة، فإن اتّحد تاريخ عقد الإجارة فى شهادتهما تعارضتا، و مع اختلافهما فى تاريخ عقد الإجارة فإن كان التاريخ فى بيّنة اجارة البيت أقدم يحكم بكون البيت مستأجرة سنة بعشرة، و يحكم أيضا بإجارة بقية الدار بجزء من العشرة، بحيث يكون مساويا بنسبة أجرة المثل لاجارة الدار، مثلا إذا كانت اجرة المثل للبيت

نصف اجرة المثل للدار تصحّ اجارة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۱

منهما بينـة تحقق التعارض مع اتّفاق التاريـخ و مع التفاوت يحكم للأقـدم لكن إن كان الأقـدم بيّنة البيت حكم بإجارة البيت بأجرته و بإجارة بقية الدار بالنسبة من الأجرة.

بقية الدار بنصف العشرة، فتكون تمام منفعة الدار للمستأجر فى السنة بإزاء خمسة عشر.

و ذلك لإمكان وقوع كل من الاجارتين بين المؤجر و المستـأجر و ان لم يدعيا، بأن وقعت الإجارة على البيت أوّلا بالعشـرة، ثمّ تجرى الإجارة على الـدار، و بما أنّ الإجارة الثانية باطلة بالإضافة إلى البيت لاتفاقهما على عدم اقالتها به فيبطل نصف الأجرة من اجارة الدار، و يبقى نصفها، و هو مع اجرة البيت المستأجرة أوّلا خمسة عشر.

أقول: لا يمكن للحاكم الحكم المزبور فيما إذا علم بجريان عقد واحد على العشـرة، إمّا بإزاء سكنى البيت أو بإزاء سكنى الدار. بل لا يمكن ذلـك حتى مع احتمـال تعـدد العقـد مع اعتراف المالك بأنّه لا يسـتحق على المسـتأجر أزيـد من العشـرة، و إلّا لأمكن أن يقال بالعمل بالبينتين معا فيما إذا قال المالك آجرتك الـدار الشـرقية بعشـرة و قال المسـتأجر آجرتنى الدار الغربية بعشـرة و أقام كل واحد منهما بينة.

و على الجملـة: البينتـان فى مثـل المفروض متعارضـتان، و الترجيـح بالأكثريـة و الإقـراع مـع عـدمه مبنى على دعوى عموم مـا ورد فى تعـارض البينـات بالإضافـة إلى جميع موارد المخاصـمات، أمّا بناء على اختصاصـها بموارد تردّد الحق بين الشخصـين المتنازعين فيه و عـدم شـمولهما لمثل ما إذا تردّد العقد بين عقدين و تنازعهما فيه فيؤخذ فى المقام بقواعد القضاء، و مقتضاها فى الفرض توجه اليمين على مالك الدار لمطابقة قوله مع استصحاب عدم جريان العقد على الدار و مع إقامتهما البينة لا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۲

لو ادّعى كلّ منهما أنّه اشترى دارا معينة و اقبض الثمن و هى فى يد البائع قضـى بالقرعة (۱) مع تساوى البيّنتين عدالة و عددا و تاريخا و حكم لمن خرج اسمه مع

تكون للمستأجر المدعى بينة مثبتة لدعواه لابتلائهما بالمعارض على ما تقدم.

لاـ يقال: لا يكون المثال من موارد الـدعوى و الإنكار، بل من موارد التـداعى، و الحكم فيه التحالف، لأنّ أصالـة عـدم جريان الإجارة على الدار تعارضـها أصالة عدم جريانها على البيت بعشـرة. و بتعبير آخر، كما أنّ المسـتأجر يدعى أنّ حقه سـكنى الدار بدفعه العشـرة إلى مالكها، و الاستصـحاب فى عـدم جريان الإجارة على الدار ينفى هذا الحق له، كذلك مالك الدار يدعى أنّ حقه العشـرة بتسـليم البيت و الاستصـحاب فى ناحية عدم جريان الإجارة على البيت بعشرة ينفى هذا الحق، فإنّه يقال: إنّ على المالك تسليم البيت و تملّكه العشرة على المستأجر المتفق عليها بينهم، و المستأجر يدعى لزوم تسليم الأزيد من البيت من باقى الدار.

و الحاصـل أنّ للمالـك المطالبـة بمـاله على مـا هـو مقتضـى سـلطنته على أمـواله، إلّـا أن يتملّكـه بـإزاء مـا لـم يـدفعه إلى صـاحبه و الاستصـحاب، فى عدم جريان الإجارة على غير البيت من باقى الدار ينفى تملكه العشرة بإزاء سكنى الدار و هذا بخلاف المستأجر فإنّ المعلوم من تملّكه بإزاء العشرة هو سكنى البيت، و الاستصحاب المزبور ينفى تملّكه سكنى باقى الدار.

(۱) لو ادعى كـل من الاثنين على من بيـده العين أنّه قـد باعها منه و قبض ثمنها فتارة يفرض عـدم البينـة لهما، و لا لأحـدهما و أخرى تكون البينـة لكـل منهما، و ثالثـة لأحـدهما خاصـة، و على كل الفروض يكون المـدعى عليه من بيـده العين و هو البائع، و فى الفرض الأوّل فإن أنكر بيعها من واحد منهما و قبض الثمن يحلف على النفى لكل منهما، و إن اعترف لواحد منهما يؤخذ بإقراره و يحكم بأنّ

العين له

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۳

يمينه و لا يقبل قول البائع لأحدهما و يلزمه اعادة الثمن على الآخر لأن قبض

و يحلف للآخر على النفى.

و ربّما يقال: أنّ مع اعترافه لأحدهما تسقط دعوى الآخر على البائع بناء على أنّ إقراره لأحدهما من تلف المبيع قبل قبضه، و فيه أنّه لا وجه لسقوط دعوى الآخر، سواء أ قلنا بأنّ إقرار من بيده العين من تلف المبيع قبل القبض أم من إتلافه، فإنّه على فرض القول بالانحلال بالإقرار فالمدعى الآخر يطالبه باسترداد ما قبضه من الثمن، و على فرض عدم الانحلال يطالبه ببدل ما أتلفه عليه من العين المبيعة منه.

نعم لو أخذ المدعى الآخر العين من المقرّ له بالإقرار أو باليمين المردودة فلا يبقى مجال لدعواه على من كانت بيده لوصول حقّه إليه على ما تقدم.

و إن أقرّ من بيده العين ببيع نصفها من كل منهما تكون العين بينهما بعد حلف ذو اليد لكل منهما على نفى بيع تمام العين من كل من، هما و إذا كانت لأحد المدعيين بينة دون الآخر، كما هو الفرض الثالث يحكم بأنّ العين لصاحب البينة لثبوت دعواه حتى ما لو أقر ذو اليد بأنّه قد باعها من الآخر دونه لأنّ البينة القائمة تثبت انّ إقراره بالبيع من الآخر ليس من إقرار اليد المالكة لتسمع بالإضافة إلى بيعها من الآخر. نعم على ذى اليد أن يدفع الثمن للمقر له لاعترافه بأنّه أخذ منه ما أثبتت البينة كونه للغير.

أمّا إذا كانت لكل منهما بينة، كما هو ظاهر فرض الماتن- قدّس سرّه- فإن كان مدلول كل من البينتين بحيث ينفى مدلول الأخرى فتدخلان فى المتعارضتين، و قد تقدم سابقا أنّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تكون ملاكا للقضاء، و لا تفيد المدعى فتصل النوبة إلى حلف ذى اليد، و بتعبير آخر الحكم فى هذا الفرض كالحكم فى الفرض الأوّل بلا فرق بينهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۴

الثمنين ممكن فتزدحم البينتان فيه.

و دعوى الرجوع إلى المرجح و مع عدمه إلى الإقراع ليحلف صاحب البينة الراجحة أو المخرج قرعته لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ ما ورد فى الترجيح أو الإقراع فيما إذا أحرز أنّ الحق مردد بين المتنازعين يعنى صاحب البيّنتين و المفروض فى المقام أنّ من بيده العين ينفى كون الحق لغيره.

و كذا لا يمكن المساعدة على ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- من أنّ مع الحكم بالعين لأحدهما يلزم على من بيده العين ردّ الثمن إلى المدعى الآخر، لأنّه لا تعارض بين البينتين بالإضافة إلى أخذه الثمن من كل منهما فيعمل بهما فى أخذه.

و الوجه فى عدم المساعدة أنّ المشهود به لكل من البينتين الأخذ بعد البيع، و إذا فرض تعارضهما فى بيعها من كل منهما فكيف لا تتعارض فى القبض المتفرع على البيع من كل منهما، نعم إذا لم يكن بين البينتين تعارض، كما إذا شهدت احدى البينتين أنّه قد باع العين من زيد فى أوّل هذا الشهر، و شهدت الأخرى أنّه قد باعها فى نصف هذا الشهر من عمرو، و لا ندرى أنّه قد باعها من قبل لزيد أم لا، ففى هذا الفرض يحكم بأنّ العين لزيد و انّ على البائع ردّ الثمن المأخوذ من عمرو عليه، و الوجه فى ذلك ظاهر بعد الإحاطة بما تقدم.

بقى فى المقام أمر، و هو أنّه إذا فرض ثبوت البيعين فيما لم تكن لكل من المدعيين بينة، أو كانت البينة لكل منهما، كما إذا لم يحلف من بيده العين على نفى البيع لواحد منهما بل حلف كل منهما باليمين المردودة بردّه أو بردّ الحكم، فهل يحكم بأنّ العين

بينهما بالمناصفة لوقوع المخاصمة و الحكم فى زمان واحد و يرجع كل منهما إلى من بيده العين بنصف الثمن الذى ادعى إقباضه إيّاه. أو أنّه يقرع فيمن له اليمين المردودة حيث انّ العين الواحدة لا يمكن أن تكون ملكا لكل من الاثنين بتمامها و لا يدخل الفرض فى مدلول معتبرة إسحاق بن عمّار أو معتبرة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۵

و لو نكلا- عن اليمين قسّمته بينهما و يرجع كلّ منهما بنصف الثمن و هل لهما أن يفسخا الأقرب لتبعّض المبيع قبل قبضه و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع لعدم المزاحم و فى لزوم ذلك له تردّد أقربه اللزوم.

و لو ادّعى اثنان أنّ ثالثا اشترى من كلّ منهما هذا المبيع (۱) و اقام كلّ منهما بيّنة فإن اعترف لأحدهما قضى له عليه بالثمن و كذا إن اعترف لهما قضى عليه

غياث بن إبراهيم و لا- فى الأخبار الواردة فى الإقراع عند اختلاف البينتين و يشهد لخروج الفرض عن مواردها أنّه لو لم يحلف المدعيان بعد ردّ اليمين عليهما يبقى العين بيد من ينفى بيعها منهما كما لا يخفى؟ لا يبعد الالتزام بالثانى، و أنّه إذا حلف أحدهما باليمين المردودة تنصرف الخصومة عن مدعى الآخر إليه.

ثمّ إنّه بناء على تنصيف العين بينهما و ردّ نصف الثمن المدعى على كل من المدعيين يجوز لكل منهما فسخ البيع الذى أثبته باليمين المردودة لتبعّض الصفقة عليه و لو فى مقام التسليم، و إذا فسخ أحدهما فهل يلزم بيعه؟ قيل بذلك، لأنّ الخيار الثابت ليس لتبعض الصفقة عليه فى مقام المعاملة لاحتمال وقوع بيعه قبل وقوع بيع الفاسخ أو لم يقع بيع قبل بيعه أصلا، فيكون الخيار الثابت لتبعض الصفقة عليه فى مقام التسليم أى عدم تمكّن البائع على تسليم تمام المبيع، و مع فسخ أحدهما أوّلا يرتفع المحذور.

أقول: قد ظهر ممّا ذكرنا ما فيما ذكروه، فلا حاجة إلى التطويل.

(۱) لو كانت عين فى يد ثالث و ادعى كل من الاثنين انّه قد باع تلك العين منه و لم يأخذ ثمنه فقد لا يكون بين الدعويين تناف و تعارض، كما إذا كان المحتمل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۶

بالثمنين و لو أنكر و كان التاريخ مختلفا أو مطلقا قضى عليه بالثمنين جميعا لمكان الاحتمال و لو كان التاريخ واحدا تحقّق التعارض إذ لا يكون الملك الواحد فى الوقت الواحد لاثنين و لا يمكن إيقاع عقدين فى الزمان الواحد فيقرع بينهما فمن خرج اسمه احلف و قضى له و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما.

أنّ الثالث اشتراها من أحدهما أوّلا، ثم انتقلت إلى المدعى الآخر بهبة أو بيع أو غيرهما فاشتراها منه ثانيا، و لو لم يكن فى هذا الفرض للمدعيين بينة و لا لأحدهما فيحلف الثالث لكل منهما على عدم شرائها منهما.

و إن أقام أحدهما بينة يحكم له بأنّه يستحق الثمن المدعى به، و يحلف على النفى للآخر، و إن ردّ اليمين عليه أو اعترف بأنّه اشترى العين منه يحكم باستحقاق الآخر أيضا الثمن الذى يدعيه. و بهذا يظهر الحال فيما كانت لكل منهما بيّنة، بحيث لا تنافى بينة الآخر، كما تقدم فى توجيه دعواهما.

و أمّا إذا كان بين الدعويين تناف، كما إذا ادعى كل منهما بيعها بثمن يكون شخصيا خارجيا أو كان كليا و لكن لا يمكن عادة وقوع البيعين، كما إذا كان التاريخ فى كل من الدعويين للبيع واحدا و كذا فى البينتين على تقديرهما، و يجرى فى هذه الصورة ما تقدم فى المسألة السابقة، فلو أقام أحدهما بينة على مدعاه تثبت دعواه و يحكم بأنّه يستحق الثمن المدعى به فإن اعترف ذو اليد بأنّه اشتراها عن الآخر لا يسمع، لأنّ الثمن المعين ببينة الآخر ملك ذلك الآخر فلا يسمع إقرار غيره فيه و كذا فيما إذا كان الثمن كليا فإنّ ذلك

الكلى بالبينة ملك الغير فلا يسمع الإقرار فيه أيضا. و على الجملة يظهر كل ما فى الفرض عمّا تقدم فى الاختلاف على ثالث أنّه باع و قبض الثمن.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۷

و لو ادّعى شراء المبيع من زيد و قبض الثمن و ادّعى آخر شرائه من عمرو و قبض الثمن ايضا و أقاما بينتين متساويتين فى العدالة و العدد و التاريخ فالتعارض متحقق (۱) فحينئذ يقضى بالقرعة و يحلف من خرج اسمه و يقضى له و لو نكلا عن

(۱) لو ادعى أحد على زيد أنّه قد باع العين الفلانية منه و قبض ثمنها، و ادعى آخر على عمرو أنّه قد باع تلك العين منه و قبض ثمنها، و الحاصل يدعى كل من الاثنين أنّه يملك العين بشرائها من بائعها و دفع ثمنها إليه ففى المقام صور:

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يک جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۳۸۷

الأولى: أن تكون العين بيد زيد و عمرو أو بيد خامس يعترف بأنّ العين لزيد و عمرو أو يقول: لا أدرى لأيّهما ففى هذه الصورة إن أقام كل من الاثنين بينة بشرائها من بائعها و تساوى البينتان فى العدالة و العدد و التاريخ يتحقق التعارض بين البينتين.

فعلى ما ذكره الماتن- قدّس سرّه- يقرع بين البينتين و من خرج اسمه يحلف و يقضى بأنّ العين له و يرجع الآخر إلى بائعه و يأخذ ما دفع إليه من الثمن، و لو لم يحلف من خرج اسمه و لا المدعى الآخر قسمت العين بينهما بالمناصفة، و يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف ما دفع إليه من الثمن، كما أنّ لكل من الاثنين فسخ البيع الواقع بينه و بين البائع منه لتبعض الصفقة عليه و لو فى مقام القبض، و إذا فسخ أحدهما فليس للآخر الأخذ بتمام العين فى مفروض الكلام، حيث أنّه بفسخه لا يرجع تمام العين إلى ملك البائع من الآخر، بل يرجع نصفها إلى ملك البائع ممّن فسخ الشراء.

أقول: بناء على الرجوع إلى القرعة فى المقام، فإن خرج اسم واحد من الاثنين و حلف على أنّه شرى العين من بائعها المالك فيرجع الآخر منهما إلى بائعه بتمام

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۸

اليمين قسم المبيع بينهما و رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن و لهما الفسخ و الرجوع بالثمنين و لو فسخ أحدهما جاز و لم يكن للآخر أخذ الجميع لأنّ النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه.

الثمن حتى مع اعترافه بأنّ البائع منه كان هو مالكها و ذلك لتلف المبيع منه قبل قبضه، أمّا إذا لم يحلف هو يعنى من خرج اسمه بالقرعة و حلف الآخر ففى جواز رجوع الناكل إلى بائعه بالثمن الذى دفعه إليه إشكال، لأنّ تلف المبيع قبل قبضه مستند إلى نكول الناكل، فهو المتلف للعين التى اشتراها، و هذا لا يوجب انحلال البيع منه، كما أنّه لو نكلا ففى رجوع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن مشكل، لأنّه يجرى على كل منهما أنّه المتلف لنصف المبيع على نفسه بنكوله.

نعم بناء على عدم الإقراع و الحكم بالتنصيف مع حلف كل من الاثنين أو مع نكولهما يرجع كل منهما إلى بائعه بنصف الثمن فى صورة حلفهما خاصة، لعدم استناد تلف نصف المبيع إليهما، بخلاف صورة نكولهما، حيث يستند التلف إلى النكول، و كذا فيما إذا حلف أحدهما و نكل الآخر، فإنّ الناكل لا يرجع إلى بائعه مع اعترافه بأنّ بائعه كان المالك للمبيع، اللّهمّ إلّا أن يقال: أنّ النكول من الحلف لا يعد إتلافا و لذا يثبت لكل من الاثنين الخيار فى فسخ شرائه، لأنّ ابتلاء واقعة المبيع بالخصومة و الاختلاف عيب، فيجوز

للمشترى فسخ الشراء، إذا لم يكن عالما بالحال قبل الشراء.

الصورة الثانية: ما إذا كانت العين بيد المدعيين أو بيد من يقرّ أنّهما لهما ففى هذه الصورة مع البينة لكل منهما يحكم بأنّ العين بينهما بالمناصفة مع حلفهما أو مع نكولهما، و مع نكول أحدهما و حلف الآخر يحكم بأنّ العين للحالف، و ذلك لدخول هذه الصورة كالصورة السابقة فى مدلول معتبرة إسحاق بن عمّار

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۸۹

و لو ادّعى عبد أنّ مولاه أعتقه (۱) و ادّعى آخر، أنّ مولاه باعه منه و أقاما البينة قضى لأسبق البينتين تاريخا فإن اتّفقتا قضى بالقرعة مع اليمين و لو امتنعا عن

و معتبرة غياث بن إبراهيم، ثمّ مع حلفهما أو نكولهما ففى رجوعهما فى نصف الثمن إلى بائعهما، و كذا فى رجوع الناكل مع حلف الآخر فى تمام الثمن إلى بائعه ما ذكرناه فى الصورة السابقة.

الصورة الثالثة: ما إذا كانت العين بيد أحد المدعيين فإنّه يحكم بأنّها له مع حلفه، بلا فرق بين إقامتها البينة أو لم يكن فى البين بينة أصلا، نعم إذا كانت لهما بيّنة فيرجع المدعى الآخر إلى بائعه بتمام الثمن، و مع عدم البينة يحتاج أخذ الثمن من بائعه إلى الدعوى على بائعه، و إذا ثبتت دعوى بيعه منه استرد الثمن، بلا فرق بين أن يكون ثبوتها بإقرار البائع أو باليمين المردودة، و كذا الحال فيما إذا كانت العين بيد أحد البائعين و اعترف بالبيع ممّن يدعى الشراء منه، سواء أ كان لكل من المدعيين بينة أم لم يكن لهما أو لأحدهما بينة.

نعم إذا كانت البينة لغير المقرّ له خاصة يحكم بأنّ العين لصاحب البينة، و لا يفيد إقرار ذى اليد للآخر، لأنّ البينة قد أثبتت أنّ من بيده العين لم يكن مالكا لها فلا يفيد إقراره، فعلى المقرّ له الرجوع إلى من بيده العين لاسترداد ثمنه لبطلان بيعه و إقراره.

(۱) لو ادعى عبد أنّ مولاه أعتقه فهو حرّ، و قال آخر أنّ مولاه باعه منه فهو مملوك له، و لم تكن لأحدهما بينة، فإن كذّبهما المولى فيحكم بعد حلفه لكل منهما على نفى دعواهما بأنّه رقّ لمولاه، و لو اعترف المولى لواحد منهما يؤخذ باعترافه، و يحكم بثبوت تلك الدعوى، و عليه الحلف للآخر على نفى دعواه.

و المحكى عن المبسوط أنّه إذا اعترف لأحدهما يحكم بثبوت دعواه من غير

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۰

اليمين قيل يكون نصفه حرّا و نصفه رقّا لمدعى الاتباع و يرجع بنصف الثمن و لو

حاجة إلى الحلف للآخر، فإنّه لو اعترف لمدعى الشراء يكون العبد مملوكا له، فلا يسمع إقراره ثانيا بأنّه أعتق العبد، فإنّه إقرار على الغير لا على النفس. و بتعبير آخر لا يترتب على الاعتراف بالعتق بعد ثبوت البيع أثر، كما أنّه لو اعترف للعبد بالعتق أوّلا فلا يفيد الاعتراف بالبيع ثانيا، لأنّ مع سماع الاعتراف بالعتق لكونه على نفسه يكون البيع على تقديره منحلا لتلف المبيع قبل القبض. نعم لو ادعى على المولى أنّه قد باع العبد منه و قبض الثمن يتوجه اليمين إلى المولى، لإسقاط دعوى قبض الثمن.

أقول: الاعتراف بعتق العبد لنفوذه يحسب من إتلاف المبيع قبل القبض، و هذا لا يوجب انحلال البيع، فيكون على المولى بإقراره بالبيع ثانيا بدل العبد أى قيمته. نعم للمشترى فسخ البيع المدعى به لعدم حصول القبض، و على ذلك يكون على المولى مع عدم إقراره بالبيع ثانيا الحلف لمدعى الشراء نعم لا حاجة إلى الحلف للعبد بعد اعترافه بالبيع لمدعى الشراء، لأنّ اعترافه بالعتق ثانيا لا يفيد شيئا و لا مورد للغرم.

و قد يقال اعترافه بعتق العبد ثانيا أثره كون العبد حرّا لو انتقل إلى المولى المقرّ له بالعتق، فإنّ سماع الإقرار بالعتق ثانيا كسماع الإقرار

بالنسب في بعض فروض دعواه، كما أنّ عدم ترتب الأثر الفعلي في بعض فروض دعوى النسب لا يمنع عن سماع دعواه كذلك دعوى العتق، بل قد يذكر أنّ على المولى بعد إقراره بالعتق أن يشترى العبد ممّن أقر له أوّلا لينعتق.

و لكن ما ذكره لا يمكن المساعدة عليه، و لكن القول بأنّ على المولى الجواب عن دعوى العبد بعتقه للأثر التعليقى لا بأس به، أخذا بعموم ما ورد في البينة على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۱

فسخ عتق كلّه و هل يقوّم على بائعه الأقرب نعم لشهادة البينة بمباشرة عتقه.

المدعى و اليمين على المدعى عليه.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فيما إذا كانت لمدعى العتق أو لمدعى الشراء بيّنة، فإنّه تثبت بها دعوى صاحبها، و على المولى الحلف للآخر على نفى دعواه، أمّا إذا أقام كل منهما بينة فمع تساويهما يقرع بينهما و من خرج اسمه بالقرعة يحلف فتثبت دعواه، و لو نكل حلف الآخر.

و ربّما يقال بأنّه لو نكلا يحكم بأنّ العبد نصفه حرّ و نصفه رق لمدعى الابتياع، و يثبت له خيار الفسخ لتبعض الصفقة عليه فإن فسخ يرجع على البائع بتمام الثمن و إلّا فبنصفه، كما أنّه مع الفسخ ينعتق العبد كلّه لزوال المزاحم لبينة العتق، و ربّما يقال في فرض عدم الفسخ أيضا بتقويم العبد في نصفه على المولى، و يدفع إلى المشترى فينعتق لحصول شرط السراية بعتق نصفه الثابت بالبينة.

و فيه أنّه لا موجب للتنصيف مع نكولهما بل يحلف المولى لهما على نفى دعوى كل منهما مع عدم البينة كما تقدم و تسقط دعواهما بنكولهما مع البينة لكل منهما مطلقا أو مع حلف المولى لهما على النفى، بدعوى أنّ حلفهما مع البينة نظير حلف المدعى إذا كان له شاهد واحد، فإنّه إذا لم يحلف تصل النوبة إلى حلف المدعى عليه. و على الجملة فمثل الفرض خارج عن مدلول معتبرة إسحاق بن عمّار و معتبرة غياث، غاية الأمر تبقى دعوى دخوله في الأخبار الواردة في الإقراع عند تعارض البينتين، و لا يستفاد من تلك الأخبار إلّا ثبوت دعوى من أخرجته القرعة مع حلفه، و إلّا فيحلف الآخر، أمّا ثبوت دعوى كل منهما بالإضافة إلى النصف مع نكولهما فلا يستفاد من شيء من تلك الأخبار فراجعها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۲

[مسائل]

اشارة

مسائل:

[الاولى: لو شهد للمدعى أن الدابة ملكه منذ مدة فدلّ سنّها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر]

الاولى: لو شهد للمدعى أن الدابة ملكه منذ مدة فدلّ سنّها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر سقطت البينة (۱) لتحقق كذبها.

---

(۱) لو ادعى على زيد بأنّ الدابة التي بيده ملكه، و شهدت له بينة بأنّ الدابة ملكه منذ عشر سنوات، و دلّت سنّ الدابة على أنّ لها خمس سنوات، أو شهدت البينة على أنّ الدابة ولدت في ملك المدعى قبل خمس سنوات، و دلّ سنّها على أنّ عمر الدابة عشر سنوات فتسقط البينة عن الاعتبار لتحقق كذّبها، فيحلف ذو اليد على نفى دعواه.

و قد يقال يحكم بأنّ الدابة ملك المدعى، لأنّ سقوط البينة فى بعض مدلولها لتحقق كذبها فيه لا يوجب سقوطها عن الاعتبار فى تمام مدلولها. و بتعبير آخر شهادة البينة بأنّها ملكه فعلا لم يعلم كذبها، و إنّما سقطت عن الاعتبار بالإضافة إلى مبدء الملك فيكون نظير ما شهدت البينة بنجاسة كل من الإنائين و لكن علم طهارة أحدهما المعين فإنّه يؤخذ بها فى نجاسة الآخر.

و لكن لا يخفى أنّ عدم سقوط البينة عن الاعتبار فى تمام مدلولها مع سقوطها فى بعضها يختص بما إذا كان مدلولها من ذكر المحمولين لموضوعين أو محمولين لموضوع واحد، أمّا إذا كان من قبيل المحمول لواحد المستمر لموضوع فالعلم بكذبها فى استمرار ذلك المحمول يسقطها عن الاعتبار، كما إذا شهد العدلان بنجاسة مائع من يوم السبت، و علمنا أنّه كان طاهرا فى السبت فلا يحكم بنجاسة المائع فعلا، بل يرجع فيه إلى أصالة الطهارة، و ما نحن فيه من هذا القبيل.

و الحاصل لا عبرة بالمدلول الانحلالى فى تبعيض اعتبار الامارة فيما إذا كان من ذكر الحكم الواحد المستمر لموضوع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۳

[الثانية: لو ادّعى دابة فى يد زيد و اقام بينة انّه اشتراها من عمرو]

الثانية: لو ادّعى دابة فى يد زيد و اقام بينة انّه اشتراها من عمرو فإن شهدت البينة بالملكية مع ذلك للبائع أو للمشترى أو بالتسليم قضى للمدعى (۱) فإن شهدت بالشراء لا غير قيل لا يحكم لأنّ ذلك قد يفعل فيما ليس بملك فلا يدفع اليد المعلومة بالمظنونة و هو قوى و قيل يقضى له لأنّ الشراء دلالة على التصرف السابق الدال على الملكية.

و ربّما احتمل فى عبارة المصنّف- قدّس سرّه- أن يكون (أكثر) عطفا على (قطعا) لا على أقل بأن يدلّ سن الدابة على الأقل جزما أو بالأكثرية، يعنى الغلبة، فيكون الحاصل سقوط البينة عن الاعتبار بالظن الحاصل من الغلبة بكذبها. و لكن لا يخفى ما فيه فإنّ هذا لا يناسب تعليل عدم الاعتبار بتحقق كذبها و الظن بالخلاف لا يوجب سقوطها و لا سقوط غيرها من سائر الأمارات عن الاعتبار، فإنّ الظن لا يغنى من الحق شيئا.

(۱) لو كانت عين فى يد زيد دابة كانت أو غيرها، و ادعى مدع أنّ العين المزبورة ملكه فعلا لأنّه اشتراها من عمرو، و أقام بينة تشهد بالشراء المزبور فذكر جماعة كالمصنف- قدّس سرّه- أنّه لو كانت شهادة البينة بأنّه اشتراها من عمرو و صارت ملكه أو بأنّ عمرا باعها منه و هو مالك لها أو أنّه باعها منه و سلّمها إليه يحكم على العين بأنّها ملك للمدعى لشهادة البينة على أنّها ملك له فعلا.

أمّا لو كانت شهادة البينة بمجرّد الشراء من عمرو من غير شهادة بكون العين للمدعى أو بملكية البائع أو تسليمه العين إلى المدعى فلا تكون البينة ملاكا للقضاء، بل يحلف ذو اليد على نفى دعواه، لأنّ اليد الحالية فى العين من زيد يجعله منكرا، و مجرّد الشراء من عمرو لا يدلّ على شىء، لأنّ الشراء قد يقع بغير الملك من بائع فضولا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۴

[الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته]

الثالثة: الصغير المجهول النسب إذا كان فى يد واحد و ادعى رقيته قضى بذلك ظاهرا (۱) و كذا لو كان فى يد اثنين و امّا لو كان كبيرا و أنكر فالقول قوله لأنّ

أقول: لا فرق بين الصورتين فإنّ الشهادة بالشراء المحمول على الشراء الصحيح مساوقة لقول البينة، و هى لبائعها أو نحوه، نعم لو قال الشهود بأنّا نشهد بجريان إيجاب البيع و قبوله، و لا نشهد بأمر آخر فلا تسمع، لأنّ مجرّد الإيجاب و القبول لا يكون بيعا و لا شراء.

ثمّ إنّه إذا لم تسمع بينة المدعى و لكن اعترف ذو اليد و هو زيد بأنّه قد تملّكها من المدعى انقلبت الدعوى، كما ذكرنا سابقا أنّ بذلك تسقط اليد الفعلية عن الاعتبار.

(۱) ذكروا الصغير المجهول نسبه يمكن كونه ملكا لذى اليد، فلو ادعاه بأن قال: رق، يسمع قوله، و يحكم بكونه ملكا له، و كذا إذا كان فى يد اثنين و قالوا أنّ هذا فى دعوى الرقية فى الصغير المجهول النسب، أمّا إذا كان مدركا فلا تسمع دعوى الرقية إلّا بالبينة أو اعترافه بأنّه رقّ، لأنّ الأصل فى الإنسان هو الحرية، و بتعبير آخر التزموا بتقديم دعوى الرقية مع اليد على أصالة الحرية فى الصغير، و بتقديم أصالة الحرية على دعوى الرقية حتى مع اليد فى الكبير.

و قد نوقش فى الصغير بأنّه يظهر من حسنة حمران بن أعين خلاف ذلك «قال: سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن جارية لم تدرك بنت سبع سنين مع رجل و امرأة ادّعى الرجل أنّها مملوكة له و ادعت المرأة أنّها ابنتها فقال: قد قضى فى هذا على- عليه السلام- قلت: و ما قضى فى هذا؟ قال: كان يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالرق، و هو مدرك، و من أقام بينة على من ادعى من عبد أو أمة دفع إليه و يكون له رقّا، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن أسأل الذى ادعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۵

الأصل الحرية و لو ادّعى اثنان رقيته فاعترف لهما قضى عليه و إن اعترف لأحدهما كان مملوكا له دون الآخر.

أنّها مملوكة له بينة على ما ادعى فإن أحضر شهودا يشهدون أنّها مملوكة لا يعلمونه باع و لا وهب دفعت الجارية إليه حتى يقيم المرأة من يشهد لها أنّ الجارية ابنتها حرة مثلها فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل قلت فإن لم يقم الرجل شهودا إنّه مملوكة له؟ قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأة البينة على أنّها ابنتها دفعت إليها فإن لم يقم الرجل البينة على ما ادعى و لم تقم المرأة البينة على ما ادعت خلى سبيل الجارية تذهب حيث شاءت» «۱».

و لكن يمكن الجواب عن المناقشة أنّ هذا فيما إذا كان منازع لذى اليد المدعى بالرقية و المملوكية له، فتقديم أصالة الحرية فى مفروض الرواية لا يقتضى كون الحكم كذلك مع عدم المنازع له بدعوى النسب، بل لو أقام مدعى النسب بينة تسمع، سواء أ كان لمدعى الرقية بينة أم لا، و مع المنازع لو كان لمدعى الرقية بينة يحكم بالرقية لو لم تكن بينة لمدعى النسب كما هو ظاهر الحسنة.

كما أنّه قد نوقش فى الأمر الثانى بما ورد فى جواز شراء ما يباع فى السوق و غيره، و ان ادّعى أنّه حرّ، و فى صحيحة العيص بن القاسم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «قال: سألته عن مملوك ادّعى أنّه حرّ و لم يأت ببينة على ذلك أشتريه؟ قال: نعم» «۲»، و فى صحيحة حمزة بن حمران: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: أدخل السوق و أريد أشترى جارية فتقول: إنى حرّة، قال: أشترها إلّا أن يكون لها بينة» «۳». و قيل بأنّ ظاهرهما تقديم اليد على أصالة الحرية حتى فى المدرك و البالغة.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۹: ۱۸۴.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۳ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ۵: ۳۰.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱۳ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ۲: ۳۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۶

[الرابعة: لو ادّعى كلّ واحد منهما ان الذبيحة له و فى يد كلّ منهما بعضها]

الرابعة: لو ادّعى كلّ واحد منهما ان الذبيحة له و فى يد كلّ منهما بعضها (۱) و اقام كل واحد منهما بينة قيل قضى لكلّ واحد بما فى يد الآخر و هو الأليق بمذهبنا و كذا لو كان فى يد كلّ واحد شاة و ادّعى كلّ منهما الجميع و أقاما بينة قضى لكلّ منهما بما فى يد

الآخر.

و لكن لا يبعد حملهما على صورة دعوى الحرية بالتحرير، فإنّ مع اليد لا تثبت هذه الدعوى إلّا بالبينة، بل ظاهر صحيحة العيص هو دعوى التحرير.

و على الجملة فمقتضى الجمع بين ما ورد فى أنّ الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالعبودية و هو مدرك من عبد أو أمة و من شهد عليه بالرق صغيرا أو كبيرا و مثل صحيحة العيص و حمزة بن حمران هو حملهما على صورة دعوى التحرير.

(۱) لو كان بعض العين بيد واحد و بعضها الآخر بيد الآخر، و ادعى كل منهما أنّه يملك العين بتمامها، كما إذا كان بعض الذبيحة بيد زيد و بعضها بيد عمرو، و أقام كل منهما البينة بأنّ تمامها له يحكم بأنّ ما بيد زيد ملك عمرو و ما بيد عمرو ملك لزيد بناء على المنسوب إلى المشهور من تقديم بينة الخارج أى المدعى على بينة الداخل، يعنى بينة ذى اليد، و لا يقاس ذلك بما إذا كانت العين بيد الاثنين بحيث يكون لكل منهما تمام العين خارجا و لكن لا استقلالا، فإنّ الحكم فيه بالمناصفة مع يمين كل منهما أو مع نكولهما كما تقدم. و بناء على تقديم بينة الداخل على بينة الخارج يحكم بكون كل منهما مالكا لما بيده.

و ممّا يترتب على القولين أنّه لو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا يحكم بحلية ما بيد الكافر حيث إنّه ملك المسلم و بحرمة ما بيد المسلم فإنّه ملك الكافر، هذا على القول بتقديم بينة الخارج، و أمّا بناء على تقديم بينة الداخل يكون الحكم على

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۷

[الخامسة: لو ادّعى شاة فى يد عمرو و اقام بينة فتسلّمها ثمّ أقام الذى كانت فى يده بيّنة أنّها له]

الخامسة: لو ادّعى شاة فى يد عمرو و اقام بينة فتسلّمها ثمّ أقام الذى كانت فى يده بيّنة أنّها له قال الشيخ ينقض الحكم و تعاد و هو بناء على القضاء لصاحب اليد مع التعارض و الاولى أنّه لا ينقض (۱).

العكس.

أقول: قد تقدم أنّ بينة المنكر و ان لم تكن مدركا للقضاء، إلّا أنّها توجب سقوط بينة المدعى عن الاعتبار، و عليه فتعارض البينتين فى الفرض يوجب أن يحلف كل للآخر على نفى دعواه، فتكون النتيجة أنّ ما بيد كل منهما ملك لهما، و ليس هذا مبنيا على تقديم بينة الداخل، كما لا يخفى، و يظهر ممّا ذكرنا ما لو كان بيد كل منهما شاة أو عين أخرى، و ادّعى كل منهما أنّه يملكهما أو يملك ما بيد الآخر و أقاما البينة على دعواهما.

(۱) لو كانت عين فى يد زيد و ادعاها عمرو و أقام بينة على أنّها له يحكم بأنّها له لثبوت دعواه بالبينة، ثمّ بعد ذلك أقام زيد البينة على أنّها له قيل، كما عن الشيخ، بأنّه ينتقض الحكم السابق و تعاد العين إلى زيد، و هذا بناء منه على تقديم بينة الداخل فى مقام المعارضة على ما ذكر الماتن- رحمه اللّه- قال أنّ الأولى أنّ الحكم لا ينتقض.

أقول: تقديم بينة الداخل على تقديره يختص بما إذا كانت إقامتها قبل الحكم فى الواقعة، و أمّا الظفر بالبينة بعد الحكم كما لا يفيد المدعى فيما إذا وجدها بعد الحكم كذلك فى بينة المنكر. و بتعبير آخر البينة بعد الحكم خارجة عن موضوع الاعتبار فى باب القضاء، كما هو مقتضى ما دلّ على نفوذه. نعم لو كان مدلول البينة الملكية الجديدة فيما إذا ادعاها فهذا أمر آخر لا ينافى القضاء السابق.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۸

[السادسة: لو ادّعى دارا فى يد زيد و ادّعى عمرو نصفها و أقاما البينة]

السادسة: لو ادّعى دارا فى يد زيد و ادّعى عمرو نصفها و أقاما البينة قضى لمدعى الكلّ بالنصف لعدم المزاحم (۱) و تعارضت البيّنتان فى النصف الآخر فيقرع بينهما و يقضى لمن خرج اسمه مع يمينه و لو امتنعا من اليمين قضى بينهما بالسوية فيكون لمدعى الكل ثلاثة أرباع و لمدعى النصف الربع.

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه لو كانت عين فى يد زيد، و ادعى عمرو أنّ له نصفها، و ادعى آخر بأنّ له كلّها، و أقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فمع تساوى البينتين يقرع بينهما، ف، من خرج اسمه يحلف و مع امتناعهما يحكم بأنّ ثلاثة أرباعها لمدعى الكلّ و ربعها لمدعى النصف، لأنّ البينة القائمة بكون تمامها لمدعى الكلّ لا معارض لها فى النصف، و تتعارض البينتان فى النصف الآخر، فيحكم بالقسمة بينهما بعد نكولهما.

أقول: قد تقدم أنّ الحكم فى المال المتنازع فيه الذى ليس فى يد المتنازعين و لا فى يد أحدهما، كما هو الفرض فى المقام، هو الحكم بالتنصيف سواء أحلفا أم نكلا، و لا موجب فيه للرجوع إلى القرعة سواء أ تساوت البينتان فى عدد شهودهما أم اختلفا، كما هو المستفاد من معتبرتى إسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم المتقدمتين، كما أنّ مقتضاهما أنّه لو كانت العين المزبورة بيد من يقول بأنّها ملك له يحكم بأنّ العين له فيما إذا حلف لمدعى النصف، حيث إنّ بينة مدعى النصف و إن كانت من بينة الخارج، يعنى المدعى، إلّا أنّه لا اعتبار بها، لابتلائها بالمعارض، و هو بينة من بيده العين، فتصل النوبة إلى حلف المنكر، يعنى من بيده العين القائل بكون كلّها له. و لو كانت بيد مدعى النصف يحكم على العين بالمناصفة لهما بعد حلف من بيده العين على عدم كون تمامها لمدعى الكلّ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۳۹۹

و لو كانت يدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و اقام كلّ

و إذا كانت العين فى يدهما يكون يد كلّ منهما فى نصف العين مشاعا و فى تمامها على سبيل عدم الاستقلال، فيحسب مدعى الكلّ مدعيا بالإضافة إلى النصف المختلف فيه بينهما، و بما أنّ ذلك النصف بيد مدعى النصف فيحسب منكرا، و لابتلاء بينة المدعى بالمعارض يحلف لمدعى الكلّ على نفى دعواه، فيحكم له بنصف العين، و لكن ذكر الماتن- قدّس سرّه- تبعا لغيره أنّ العين كلّها لمدعى الكلّ و ليس لمدعى النصف حظّ فيها، و ذلك أنّ بينة مدعى الكلّ تحسب بالإضافة إلى النصف المختلف فيه بينة الخارج و بينة مدعى النصف بينة الداخل، و بما أنّه عند المعارضة تقدم الأولى فيحكم بثبوت مدلولها يعنى دعوى مدعى الكلّ.

و عن ابن الجنيد أنّ الحكم بالتنصيف فيما إذا كان ما بيدهما جزءان خارجيان، و اتفقا على أنّ أحد الجزئين للواحد منهما و اختلفا فى الجزء الآخر، ففى هذه الصورة يكون لأحدهما الربع و للآخر ثلاثة أرباع نظير الدرهمين فيما إذا كان بيدهما و اتفقا على أنّ واحدا منهما بتمامه لأحدهما و اختلفا فى الجزء الآخر، و فى الصحيح عن عبد اللّه بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «فى رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما الدرهمان لى و قال الآخر هما بينى و بينك فقال: أمّا الذى قال هما بينى و بينك فقد أقرّ أنّ أحد الدرهمين ليس له و أنّه لصاحبه و يقسم الآخر بينهما».

و أمّا إذا كان مدعى النصف يدعيه بنحو الإشاعة فى تمام المال فيعمل مع العين على طريق العول، على ما هو المقرّر فى ضرب سهام الغرماء فى مال المفلّس، فيجعل فى المثال لمدعى الكل ثلثيها و لمدعى النصف ثلثها، لأنّ سهمه ثلث

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۰

منهما بينة كانت لمدعى الكلّ و لم يكن لمدعى النصف شيء لأنّ بينة ذى اليد بما فى يده غير مقبولة.

مجموع السهام، كما أنّ سهم مدعى الكل ثلثى مجموع السهام. و ذكر فى ذلك أنّ مدعى النصف يدعى النصف من كل جزء فرض من المال و لا يدعى خصوص النصف المعين منه.

أقول: ظاهر الصحيح هو دعوى النصف نحو الإشاعة، فلا يقاس الفرض بمسألة سهام الغرماء فى مال المفلس، حيث إن تعلق الحق بمال الغير غير مسألة الاختلاف فى ملكية المال.

و قوى فى المختلف طريق العول فيما لو زاد المدّعون على اثنين. و فى كشف اللثام فيما لو استوعب غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها. و لكن الظاهر كما ذكرنا لا موجب لرفع اليد عن القضاء بالبينة للمدعى و اليمين على المدعى عليه، مع عدم إقامتها و رفع اليد عمّا استظهرناه من معتبرتى إسحاق بن عمّار و غياث بن إبراهيم و إلحاق الدعاوى بمورد ثبوت استحقاق كل واحد من الديان فى المال مع عدم كفايته بما يستحقون فإنّه لا يخرج عن القياس.

و على ذلك لو كانت العين فى يد ثلاثة يدعى أحدهم نصفها، و الآخر ثلثها، و ثالثهم سدسها تكون يد كل منهم على ثلثها و الثانى منهم لا يدعى شيئا زائدا على ما بيده، فتكون دعوى الأول بالإضافة إلى السدس الزائد بيد الثالث من الدعوى بلا معارض فيما لو فرض عدم اعتراف الثالث به له، و لو أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه يكون الحكم كذلك لعدم المعارضة، و كذا فيما لو أقامها بعضهم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۱

و لو ادّعى أحدهما النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس (۱) و كانت يدهم عليها فيد كلّ واحد منهم على الثلث لكن صاحب الثلث لا يدعى زيادة على ما فى يده و صاحب السدس يفضل فى يده مالا يدعيه هو و لا مدعى الثلث فيكون لمدعى النصف فيكمل له النصف و كذا لو قامت لكلّ منهم بينة بدعواه و لو ادّعى أحدهم الكلّ و الآخر النصف و الثالث الثلث و لا بينة قضى لكلّ واحد منهم بالثلث لأنّ يده عليه و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكلّ و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف.

---

(۱) لو ادعى الأوّل كل العين و الثانى نصفها و الثالث ثلثها و لم تكن فى البين بينة فكلّ منهم ذو اليد بالإضافة إلى ثلث العين، و لا يدعى الثالث شيئا لا على الأوّل و لا على الثانى، و لكن الأوّل يدّعى على الثانى و الثالث بما فى يدهما، كما أنّ الثانى يدعى على الأوّل و الثالث بنصف السدس من كل منهما، فيحلف كل من الثانى و الثالث للأوّل، كما أنّه يحلف كل من الأوّل و الثالث للثانى، فيحكم بالاشتراك فى العين أثلاثا. و إذا أقام كل منهم بينة بدعواه و قيل بترجيح بينة الداخل عند المعارضة أو قلنا بسقوط البينات عن الاعتبار يكون الحكم كما إذا لم تكن بيّنة.

و أمّا إذا قيل بترجيح الخارج فبما أنّ يد كل منهم على أربع سهام من اثنى عشر سهما يفرض فى العين فلا يكون اعتبار لبينة مدعى الثلث، لأنّها بينة الداخل، و أمّا الثانى فقد تقدم أنّه يدعى على كل من الأوّل و الثالث بنصف السدس فتكون بينته معتبرة بالإضافة إلى نصف السدس الذى بيد مدعى الكل فيبقى فى يد مدعى الكل ثلاثة من أربعة، كما أنّ بينة مدعى الكل معتبرة بالإضافة إلى تمام ما بيد الثانى، و فى ثلاثة ممّا فى يد الثالث، لأنّها بلا معارض، فيتمّ لمدعى الكل عشرة من الثانى عشر، و لمدعى النصف واحدا ممّا بيد مدعى الكل،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۲

و إن أقام كلّ منهم بينة فإن قضينا مع التعارض ببينة الداخل فالحكم كما لم تكن بينة لأن لكل واحد بينة و يدا على الثلث فإن قضينا ببينة الخارج و هو الأصح كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثة من اثنى عشر بغير منازع و الأربعة التى فى يد مدعى النصف لقيام البينة لصاحب الكل بها و سقوط بينة صاحب النصف بالنظر إليها إذ لا يقبل بينة ذى اليد و ثلاثة مما فى يد مدعى الثلث و يبقى واحد مما

فی یـد مـدعی الکل لمـدعی النصف و واحـد مما فی ید مدعی الثلث یدعیه کل واحد من مدعی النصف و مدعی الکل یقرع بینهما و یحلف من خرج اسـمه و یقضـی له فـإن امتنعـا قسم بینهما نصـفین فیحصل لصاحب الکل عشرهٔ و نصف و لصاحب النصف واحـد و نصف فتسقط دعوی مدعی الثلث.

و لو کانت فی ید أربعهٔ (۱) فادعی أحـدهم الکل و الآخر الثلثین و الثالث النصف و الرابع الثلث ففی ید کل واحد ربعها فان لم یکن بینهٔ قضینا لکلّ واحد بما فی یده و أحلفنا کلا منهم لصاحبه.

و تتعارض بیّنـهٔ مـدعی الکل و بینهٔ مدعی النصف فی الواحد من الأربعهٔ الباقی فی ید الثالث، فیقرع بینهما، و مع نکولهما یقسم بینهما بالمناصفهٔ، فیکون لمدعی الکل عشرهٔ و نصف، و لمدعی النصف واحد و نصف علی ما ذکر الماتن- قدّس سرّه.

(۱) ذکر- قدّس سرّه- فی المقام صورا ثلاث:

الأولی: ما إذا کانت دار فی یـد أربع، یـدعی أحـدهم کلّها و الثانی ثلثها و الثالث نصـفها و الرابع ثلثها، من غیر أن تکون لواحـد منهم بینهٔ، و فی هذه الصورهٔ ثبتت ید کل واحد منهم علی ربع الدار، و یحکم لکل بما فی یده بعد حلف کل منهم علی الآخرین.

الثانیهٔ: ما إذا لم تکن الدار بیدهم و لا ید واحد منهم و لکن أقام کل واحد

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۴۰۳

و لو کانت یـدهم خارجهٔ و لکلّ بینهٔ خلص لصاحب الکل الثلث إذ لا مزاحم له و یبقی التعارض بین بینهٔ مدعی الکل و مدعی الثلثین فی السـدس فیقرع بینهما فیه ثم یقع التعارض بین بیّنـهٔ مـدعی الکل و مدّعی الثلثین و مدّعی النصف فی السدس أیضا فیقرع بینهم فیه ثم یقـع التعـارض بین الأربعـهٔ فی الثلث فیقرع بینهم و یختصّ به من تقـع القرعـهٔ له و لاـ یقضـی لمن یخرج اسـمه إلّـا مع الیمین و لا یستعظم ان یحصل بالقرعهٔ الکلّ لمدعی الکلّ فإن ما حکم اللّه به غیر مخطئ.

منهم بینهٔ علی مدّعاه فقد ذکر- قدّس سرّه- أنّ لمدعی الکل ثلث الدار بلا مزاحم، بمعنی أنّ السائرین لا یمنعون عن کون ثلث العین له و تختص المخاصـمهٔ بسـدس العین، أی ما یزیـد علی النصف الذی یدعیه الثالث بین مدعی الکلّ و مدعی الثلثین، فیقرع بینهما فی ذلـک السـدس، و یحلف من خرج اسـمه، فیحکم به له، و ان نکلاـ یقتسـمان، ثمّ تقع المخاصـمهٔ بین مـدعی الکل و مـدعی الثلثین و مـدعی النصف فی السدس الآخر، حیث لا یدعیه مدعی الثلث، فیقرع بینهم، و من خرج اسـمه یحلف و یأخذه، و مع نکولهم یقسم ما بین الثلاثهٔ ثم تقع المخاصمهٔ فی الثلث الباقی من العین بین الأربعهٔ، فیقرع فیه بین المدعیین الأربعهٔ، و من خرج اسمه یحلف و یأخذه، و مع النکول یقسم بین الأربعـهٔ و لاـ بعـد فی أن یخرج فی الاقراعـات اسم مـدعی الکـلّ و یحلف و یأخـذ کل العین فإن ما حکم اللّه سبحانه من القرعهٔ غیر مخطئ.

و إذا فرض نکول من خرج اسـمه فی الاقراعات کلّها یکون لمدعی الکلّ ثلث العین و نصف سدسـها و ثلث سدسـها و ربع ثلثها، فإنّ ثلثهـا لکـون دعواه فیه بلاـ مزاحم و نصف سدسـها بـالنکول فی الإـقراع الأـوّل و ثلث سدسـها بـالنکول فی الإـقراع الثـانی و ربع ثلثها بـالنکول فی الإـقراع الثـالث، و یکون لمـدعی الثلثین نصف سدسـها فی الإقراع الأوّل و ثلث سدسـها فی الإقراع الثانی و ربع ثلثها فی الإقراع

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۴۰۴

و لو نکل الجمیع عن الایمان قسـمنا ما یقع التـدافع فیه بین المتنازعین فی کل مرتبـهٔ بالسویـهٔ فتصـح القسـمهٔ من سـتهٔ و ثلاثین سـهما لمـدعی الکل عشـرون و لمدعی الثلثین ثمانیهٔ و لمدعی النصف خمسهٔ و لمدعی الثلث ثلاثهٔ و لو کان المدعی فی ید الأربعهٔ ففی ید کلّ واحد منهم ربعها فإذا أقام کلّ واحد منهم بینهٔ بدعواه قال الشیخ یقضی لکلّ واحد بالربع لأنّ له بینهٔ و یدا.

و الوجه القضاء ببینـة الخارج علی ما قررناه فیسـقط اعتبار بینـة کلّ واحـد بالنظر إلی ما فی یـده و یکون ثمرتها فیما یـدعیه مما فی ید غیره فیجمع بین کل ثلاثة علی ما فی الید الرابع و ینترع لهم و یقضی فیه بالقرعة و الیمین و مع الامتناع بالقسمة

الثالث، و بحساب ذلک تتعین حصـة مدعی الثلث، فإذا فرض المخرج سـتة و ثلاثون جزءا یکون عشـرون منها لمدعی الکلّ و الثمانیة لمدعی الثلثین و خمسة لمدعی النصف و ثلاثة لمدعی الثلث.

أقول: قـد تقـدم أنّه لا مورد للقرعـة فی دعوی ملکیـة العین، بل الوظیفـة فیها مع عدم کون العین بیدهم و إقامة کل منهم البینة بدعواه تقسیم مـا به الاختلاف بینهم مع الحلف من جمیعهم أو النکول من جمیعهم، کما هو مقتضـی معتبرة إسـحاق بن عمّار و معتبرة غیاث بن إبراهیم.

الصورة الثالثـة: ما إذا کانت الدار فی أیدی الکلّ و أقام کل واحد البینة بدعواه فعلی القول بتقدیم بینة الداخل تکون العین بینهم علی الأرباع، لأنّ لکل من الأربعة یدا فی ربعها، فتقدم بیّنته مع الید، بخلاف ما إذا قیل بتقدیم بینة الخارج، کما هو المنسوب إلی الشهرة و المختار عند الماتن- قدّس سرّه- فإنّه بناء علیه یکون اعتبار بینة کل منهم فی غیر ما فی یده.

فیکون ما فی ید مدعی الثلثین المفروض کونه ثمانیة عشر جزء من اثنین

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۵

فیجمع بین مـدعی الکل و النصف و الثلث علی ما فی یـد مـدعی الثلثین و ذلک ربع اثنین و سـبعین و هو ثمانیـة عشـر فمـدعی الکل یـدعیها أجمع و مـدعی النصف یدعی منها سـتة و مدعی الثلث یدعی اثنین فیکون عشـرة منها لمدعی الکل لقیام البینة بالجمیع الذی یدخل فیه العشـرة و یبقی ما یدعیه صاحب النصف و هو ستة یقرع بینه و بین مدعی الکل فیها و یحلف و مع الامتناع یقسم بینهما و ما یدعیه صاحب الثلث و هو اثنان یقرع علیه بین مدعی الکلّ و بینه فمن خرج اسمه احلف و اعطی و لو امتنعا قسم بینهما.

و سـبعین جزء یفرض لکل العین فی مورد الدعاوی الأربعة، فمدعی الکل یدعی تمام ثمانیة عشر، و مدعی النصف یدعی ستة منها، و مـدعی الثلث یـدعی اثنین منها، فتکون عشـرة من ثمانیة عشـر لمدعی الکل من غیر أن ینازع فیه، مدعی النصف و مدعی الثلث فتعتبر بیّنـة مـدعی الکل فی تلک العشـرة و فی السـتة ممّا فی یـدعی مدعی الثلثین یقرع بین مدعی الکل و مدعی النصف و من خرج اسـمه یحلف و مع نکولهما یقسم بینهما، و یقرع فی الاثنین ممّا بیده بین مدعی الکل و مدعی الثلث فمن خرج اسمه یحلف، و مع امتناعهما یقسم بین مـدعی الکل و مـدعی الثلث، فمع الإقراع علی ما بید مدعی الثلثین و النکول یحصل لمدعی الکل منه أربعة عشـر و لمدعی النصف ثلاثة و لمدعی الثلث واحد صورته:

لمدعی الثلث ۱ ۲/ ۲ لمدعی النصف ۳ ۲/ ۶ لمدعی الکل ۱۴ ۱+ ۳+ ۱۰ و ما یکون بیـد مدعی النصف أیضا المفروض کونه ثمانیة عشـر یـدعی مـدعی الکلّ تمامها، و مـدعی الثلثین عشـرة منها، و مـدعی الثلث اثنین منها، و یبقی منها لمدعی الکل سـتة بلا منازع لا یدعیها لا مدعی الثلثین و لا مدعی الثلث، و یقرع فی العشرة بین مدعی الثلثین و مدعی الکل، و مع نکولهما یقسم بینهما فیحصل

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۶

ثمّ تجتمع دعوی الثلاثـة علی ما فی یـد مـدعی النصف فصاحب الثلثین یـدعی علیه عشـرة و مدعی الثلث یدعی اثنین و یبقی فی یده ستة لا یدعیها إلّا مدعی الجمیع فیکون له و یقارع الآخرین ثم یحلف.

و إن امتنعوا أخـذ نصف ما ادعیاه ثم یجتمع الثلاثـة علی ما فی یـد مـدعی الثلث و هو ثمانیـة عشـر فمدعی الثلثین یدعی منه عشـرة و مدعی النصف یدعی ستة و یبقی اثنان لمدعی الکل و یقارع علی ما أفرد للآخرین.

فـإن امتنعوا عن الایمـان قسم ذلک بین مـدعی الکل و بین کل واحـد منهما بما ادعاه ثم یجتمع الثلاثـة علی ما فی یـد الکل فمـدعی

الثلثين يـدعى عشـرة و مـدعى النصف يـدعى سـتة و مدعى الثلث يدعى اثنين فتخلص يده عما كان فيها فيكمل لمدعى الكل سـتة و ثلاثون من أصل اثنين و سـبعين و لمـدعى الثلثين عشـرون و لمـدعى النصف اثنا عشـر و لمـدعى الثلث أربعـة و هذا إن امتنع صاحب القرعة من اليمين منازعة.

لكل منهما خمسـة، و يقرع فى الاثنين منها بين مـدعى الكلّ و مـدعى الثلث، و مع نكولهما يقسّم بينهما و يحصل لكل واحد واحد، و صورته:

لمدعى الثلث ۱ ۱/ ۲ لمدعى الثلثين ۵ ۲/ ۱۰ لمدعى الكل ۱۲ ۱+ ۵+ ۶ ثمّ يقع التنازع و الإقراع بين مـدعى الكلّ و مـدعى الثلثين و مـدعى النصف فى الثمانيـة عشـر، التى فى يد مدعى الثلث، فيدعى مدعى الكل تمامها، و مدعى الثلثين عشـرة منها، و مدعى النصـف سـتة منها، فيبقى اثنان منها لمـدعى الكلّ بلا مزاحم بالمعنى المتقـدم، و يقرع بينه و بين مدعى الثلثين فى العشـرة، حيث يطلب مدعى الثلثين العشرة من كل مدعى الكل و مدعى النصف و مدعى الثلث ممّا فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۷

[السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيّنة]

السابعة: إذا تداعى الزوجان متاع البيت قضى لمن قامت له البيّنة (۱) و لو لم تكن بيّنة فيد كلّ واحد منهما على نصفه قال فى المبسوط يحلف كلّ منهما لصاحبه و يكون بينهما بالسوية سواء كان مما يختص الرجال أو النساء أو يصلح لهما و سواء

أيديهم ليكون له مع ثمانية عشـر التى بيده ثلثا العين، و مع نكولهما يقسم بينهما، ثم يقرع بين مدعى الكلّ و مدعى النصف فى السـتة التى يطلبها مدعى النصف من كل من الآخرين ليتم له بانضـمام ثمانية عشر التى بيده نصف العين، و مع نكولهما يقسّم بينهما فيحصل ما صورته:

لمدعى النصف ۳ ۲/ ۶ لمدعى الثلثين ۵ ۲/ ۱۰ لمدعى الكل ۱۰ ۳+ ۵+ ۲ ثم تعتبر بينـة مـدعى الثلثين و النصف و الثلث فى الثمانية عشـر التى بيـد مـدعى الكلّ، و هى كافية لمدعى الثلثين، حيث يطلب منها عشـرة، و لمدعى النصف حيث يطلب منها سـتة، و لمدعى الثلث حيث يطلب منها اثنين، فيكون مجموع ما حصل لكل من الأربعة:

لمدعى النصف ۱۲ ۶+ ۳+ ۳ لمدعى الثلثين ۲۰ ۱۰+ ۵+ ۵ لمدعى الكل ۳۶ ۱۰+ ۱۲+ ۱۴ لمدعى الثلث ۴ ۲+ ۱+ ۱

(۱) إذا اختلف الزوجـان فى متـاع البيت و ادعى كـل منهمـا أنّه مالكه يقضـى به لمن أقام البينـة بأنّه ملكه، و إذا لم تكن فى البين بينة فلكل منهما يد على نصفه، و يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر، فيحكم بأنّه بينهما بالمناصفة، كما هو الحال فى فرض نكولهما. و ذكر فى المبسوط عـدم الفرق بين كونه ممّا يختص بالرجال أو النساء أو يسـتوى فيه الرجال و النساء، و سواء أ كان المتاع فى الـدار المشتركـة بينهما أم المختصـة ملكيتها بأحـدهما، و سواء أ كانت الزوجيـة باقيـة أم زائلـة، كما إذا اختلفا بعـد الطلاق، و كذا فيما كان الاختلاف بين أحدهما و وارث الآخر، أو بين

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۰۸

كان الـدار لهما أو لأحدهما و سواء كانت الزوجية باقية بينهما أو زائلة و يسـتوى فى ذلك تنازع الزوجين و الوارث و قال فى الخلاف ما يصلح للرجال للرجل و ما يصلح

و ارثيهمـا، و لكن ذكر فى الخلاـف أنّ مـا يختصّ بالرجـال فهـو للرجـل، فيحلـف فيه للمرأة، و مـا يكون مختصّـا بالنسـاء فهو للمرأة،

فتحلف فيه للرجل، و ما يصلح لكل منهما فهو بينهما، بمعنى تقسيمه بينهما بعد حلف كل منهما للآخر أو نكولهما.

أقول: ينبغى فرض المسألة فيما إذا لم يعترف أحدهما أنّه تملّكه من الآخر، بأن تدعى المرأة التملك بتمليك زوجها أو بالعكس، و إلّا انقلبت الدعوى لما تقدم من عدم الاعتبار باليد مع الاعتراف بأنّ المال انتقل إليه من خصمه.

و فى صحيحة رفاعة بن موسى النخاس عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: إذا طلّق الرجل امرأته فادعت أنّ المتاع لها و ادعى الرجل أنّ المتاع له كان له ما للرجال و لها ما للنساء» «۱»، هذه على رواية الصدوق- قدّس سرّه- و أمّا على رواية الشيخ التى فى سندها ضعف إذا طلّق الرجل امرأته و فى بيتها متاع فلها ما يكون للنساء و ما يكون للرجال و النساء قسّم بينهما» «۲».

و فى موثقة يونس بن يعقوب عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «فى امرأة تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأة؟ قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة و ما كان من متاع الرجال و النساء فهو بينهما و من استولى على شىء منه فهو له» «۳».

و لا ينبغى التأمّل فى ظهورهما فى كون المتاع الصالح لكل منهما مع كونه بيدهما يقسم بينهما و ما يكون فى استعمال أحدهما دون الآخر يحكم بكونه لصاحب الاستعمال

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۴: ۵۲۵، التهذيب ۶: ۲۹۴، الفقيه ۳: ۶۵.

(۲) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۴: ۵۲۵، التهذيب ۶: ۲۹۴، الفقيه ۳: ۶۵.

(۳) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱: ۵۲۴.

للنساء للمرأة و ما يصلح لهما يقسّم بينهما و فى رواية انّه للمرأة لأنّها تأتى بالمتاع من أهلها و ما ذكر فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر بين الأصحاب.

و لكن فى مقابلها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «قال: سألنى هل يقضى ابن أبى ليلى بالقضاء ثم يرجع عنه- إلى أن قال:- ثمّ سألته عن ذلك فقلت: ما تقول أنت فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنّك شهدته و إن كان رجع عنه فقلت: يكون المتاع للمرأة، فقال: أ رأيت إن أقامت بينة إلى كم كانت تحتاج؟ فقلت: شاهدين، فقال: لو سألت من بين لابتيها- يعنى الجبلين- و نحن يومئذ بمكة لأخبروك أنّ الجهاز و المتاع يهدى علانية من بيت المرأة إلى بيت زوجها فهى التى جاءت به و هذا المدعى فإن زعم أنّه أحدث فيه شيئا فليأت عليه البينة» «۱»، و ربّما يستظهر منها أنّ متاع البيت و لو كان صالحا لاستعمال كل من المرأة و الرجل يحكم بأنّه للمرأة.

و ربّما يضاف إليها موثقة سماعة «قال: سألته عن رجل يموت ماله من متاع البيت؟ قال: السيف و السلاح و الرحل و ثياب جلده» «۲».

و لا يبعد أن يقال: إنّ ظاهر هذه المتاع الذى يحكم بأنّه ملك الرجل خاصة، فلا ينافى الحكم بالشركة فى غيرها. و أنّ صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج ناظرة إلى ما هو المتعارف فى بعض البلاد انّ المرأة تأتى متاع البيت من بيت أبيها بعنوان جهازها، و إذا حصلت التفرقة بينها و بين زوجها فى زمان قصير من النكاح تدعى أنّ كل المتاع فى البيت جهازى و لم يحدث للزوج متاع آخر، ففى مثل ذلك يقدم قول المرأة، و على تقدير المعارضة فالحكم بالتقسيم فيما يصلح لاستعمالهما على طبق القاعدة فيؤخذ بها.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱: ۵۲۴.

(۲) الوسائل: ج ۱۷، الباب ۸ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ۱: ۵۲۴.

و لو ادّعى أبو الميتة أنه أعارها بعض ما فى يدها من متاع أو غيره (۱) كلّف البينة كغيره من الأنساب و فيه رواية بالفرق بين الأب و غيره ضعيفة.

---

(۱) لو ادّعى أبو الزوجة المتوفاة أنّ بعض ما كان بيد بنته من متاع البيت أو غيره كان عارية عندها، و أنكر ذلك زوجها أو سائر ورثتها، فالمنسوب إلى المشهور أنّ دعوى أبيها كدعوى غير الأب من الأنساب أو الأجانب فتحتاج فى ثبوتها إلى البينة، و إلّا فيحلف الزوج أو سائر الورثة على نفيها أو لا تسمع أصلا على ما تقدم.

و هذا فيما إذا لم يعترف الزوج أو سائر الورثة بأنّ العين كانت فى السابق ملك المدعى و إنّ الزوجة المتوفاة قد تملكته منه، و إلّا انقلبت الدعوى على ما تقدم أيضا.

و لكن ظاهر معتبرة جعفر بن عيسى سماع دعوى الأب بلا حاجة إلى البينة قال: «كتبت إلى أبى الحسن- عليه السلام-: جعلت فداك المرأة تموت فيدّعى أبوها أنّه كان أعارها بعض ما كان عندها من المتاع و الخدم أتقبل دعواه بلا بينة أم لا تقبل دعواه إلّا ببينة؟ فكتب- عليه السلام-: تجوز بلا بينة، و قال كتبت إلى أبى الحسن- يعنى على بن محمد- عليه السلام-: جعلت فداك إن ادعى الزوج المرأة الميتة أو أبو زوجها أو أمّ زوجها فى متاعها أو فى خدمها مثل الذى ادّعى أبوها من عارية بعض المتاع و الخدم أ يكون بمنزلة الأب فى الدعوى؟ فكتب- عليه السلام- لا» «۱».

و لا وجه لرفع اليد عن ظهورها حتى بالإضافة إلى ما لم يعلم جريان يد أبيها عليه لتمام سندها، فإنّ جعفر بن عيسى أخو محمد بن عيسى اليقطينى فيه مدح و معروف، و الراوى عنه محمّد بن إسماعيل البرمكى ثقة مستقيم كما عن النجاشي، و لا يعارضه المنقول عن ابن الغضائرى لعدم استناد الكتاب المعروف إلى ابن الغضائرى، و الراوى عن محمد بن إسماعيل محمد بن جعفر بن عون الأسدى الثقة مع أنّ للصدوق- قدّس سرّه- إلى جعفر بن عيسى طريق آخر فإنّه رواها بسنده عن محمد بن عيسى بن عبيد عن أخيه جعفر بن عيسى.

---

(۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۳ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۱

[المقصد الثالث فى دعوى المواريث]

اشارة

المقصد الثالث فى دعوى المواريث و فيه مسائل:

[الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه]

الاولى: لو مات مسلم عن ابنين فتصادقا على تقدم إسلام أحدهما على موت الأب و ادعى الآخر مثله فأنكر أخوه فالقول قول المتفق على تقدم إسلامه مع يمينه (۱) أنّه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه و كذا لو كانا مملوكين فأعتقا و اتفقا على تقدم حرية أحدهما و اختلفا فى الآخر.

(۱) لو اتفق اخوان مثلا على أنّ أحدهما المعين قد أسلم قبل موت والدهما المورّث، و اختلفا فى إسلام الأخ الآخر، فقال ذلك الأخ: أسلمت مثلك قبل موت و الدنا، و قال الأخ المتفق على إسلامه قبل موت المورّث: أنّك أسلمت بعد موته، فذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّه يحلف الأخ المتّفق على تقديم إسلامه للأخ الآخر و يرث التركة كما هو مقتضى الاستصحاب فى كفر الأخ إلى زمان موت والدهما، و ما ورد أنّ الكافر لا يرث المسلم ظاهره انّ كفر الوارث عند موت المورّث المسلم يمنع الإرث، و كذا ما ورد من أنّ إسلام المسلم الوارث يمنع غيره عن الإرث.

لا يقال: يجرى فى المقام الاستصحاب فى ناحية حياة المورّث إلى زمان إسلام الأخ الثانى، فيتعارض الاستصحابان على ما هو المقرّر فى تعارضهما فى مجهولى التاريخ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۲

[الثانية: لو اتفقا أنّ أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غرة رمضان]

الثانية: لو اتفقا أنّ أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غرة رمضان ثم قال المتقدم مات الأب قبل شهر رمضان و قال المتأخر مات بعد دخول شهر رمضان كان الأصل بقاء الحياة و التركة بينهما نصفان.

فإنّه يقال: لا مجال للاستصحاب المزبور لأنّ استصحاب حياة الأب إلى زمان إسلام الأخ الثانى لا يثبت أنّه مات زمان إسلامه مع أنّ التعارض بين الاستصحابين كاف فى عدم ثبوت موضوع الإرث، و هو موت المورّث عن ولدين مسلمين.

هذا كلّه فيما إذا كان زمان كل من إسلام الولد الثانى و موت الأب مجهولا، أمّا إذا علم زمان إسلام الولد الثانى كما هو المفروض فى المسألة الثانية كما إذا اتفقا على أنّ أحد الأخويين قد أسلم فى غرة شعبان و الثانى أسلم فى غرة رمضان، و اختلفا فى زمان موت الأب، فقال الأخ الأوّل أنّه قد مات قبل غرة رمضان، و قال الثانى أنّه مات بعد دخول رمضان، فذكر الماتن فى الفرض أنّ التركة بينهما، و كأنّه لاستصحاب بقاء حيوة الأب إلى ما بعد غرة رمضان.

أقول: يجرى فى الفرض أيضا الاستصحاب فى ناحية عدم إسلام الأخ الثانى زمان موت الأب، فإن عدم الشك فى إسلام الأخ الثانى بالإضافة إلى اجزاء نفس الزمان، و إسلامه فى اجزاء الزمان أو عدمه ليس بموضوع الحكم، بل الموضوع لارثه إسلامه زمان موت والده بأن يكون فى ذلك الزمان مسلما، و بما أنّه يحتمل بقاؤه على كفره فى ذلك الزمان فيستصحب- كما أوضحنا ذلك فى بحث الأصول- عند الشك فى المتقدم و المتأخر من الحادثين، و لا يعارض بالاستصحاب فى حياة المورث إلى غرة رمضان، فإنّه لا أثر لعدم موته إلى ذلك الزمان، فإنّ الموضوع للإرث كونه مسلما عند موته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۳

[الثالثة: دار فى يد انسان ادعى آخر أنّها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و اقام بيّنة]

الثالثة: دار فى يد انسان ادعى آخر أنّها له و لأخيه الغائب إرثا عن أبيهما و اقام بيّنة فإن كانت كاملة و شهدت أنّه لا وارث سواهما سلّم إليه النصف (۱) و كان الباقى فى يد من كانت الدار فى يده و فى الخلاف يجعل فى يد أمين حتى يعود و لا يلزم القابض للنصف اقامة ضمين بما قبض و نعنى بالكاملة ذات المعرفة المتقادمة و الخبرة الباطنة.

و الحاصل مقتضى الاستصحاب فى عدم إسلام الولد الثانى إلى زمان موت الأب كون تمام التركة للولد الأوّل، فيحلف للثانى مطلقا، أو فيما ادعى عليه العلم و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لو كان فى يد شخص مال دار أو غيرها و ادعى أحد أنّ المال له و لأخيه الغائب ورثاه عن أبيهما فلا يجوز أن يدفع النصف إليه إلّا أن يثبت ذلك بالبينة الكاملة، و معها يقسّمه الحاكم بينه و بين الغائب، و يدفع نصفه إلى المدعى و يبقى نصفه الآخر عند أمين، سواء أ كان الأمين من فى يده المال أو غيره، فإنّه ولى الغائب يلاحظ صلاحه و عدم فساد ماله.

و المراد من البينة الكاملة أن يشهد بانحصار الوارث لأبيهما المالك لذلك المال على الأخوين، و إذا لم يثبت انحصار الوارث بهما و احتمل وارث آخر فعلى الحاكم البحث عنه، بحيث لو كان يظهر عادة، ثم يدفع النصف إلى المدعى الحاضر مع أخذ الضامن بما أخذه المدعى، بحيث لو ظهر وارث آخر لكانت عليه حصته.

و لو كان للمدعى فرض أعطى فرضه كاملا مع اليقين بعدم وارث آخر، أو مع البينة الكاملة بذلك بأن يعطى للزوج النصف لعدم الولد لهما و للزوجة تمام الربع مع عدم الولد له، و إذا لم يحرز ذلك بأن احتمل الوارث الآخر يعطى النصيب الأدنى، فيعطى للزوج الربع مع احتمال الولد لها و للزوجة ربع الثمن مع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۴

و لو لم تكن البينة كاملة و شهدت انها لا تعلم وارثا غيرهما أرجى التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر و حينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه و يضمنه استظهارا و لو كان ذا فرض اعطى مع اليقين بانتفاء الوارث نصيبه تاما و على تقدير الثانى يعطيه اليقين.

احتمال الولد و تعدد الزوجات له، و بعد ظهور عدم الوارث الآخر يعطى بقية النصيب، و لو احتمل وجود الحاجب، حيث إنّه محجوب بالوارث من الطبقة الأولى، فإن أحرز بالبينة الكاملة عدم الحاجب أعطى المال بلا تضمين فإنّه مقتضى اعتبارها، و إن لم تشهد إلّا بكونه أخا و احتمل الحاجب فلا يدفع المال إليه إلّا بعد الفحص و عدم ظهور الحاجب، و معه يدفع المال إليه مع التضمين.

و يستدلّ على ما ذكر بأنّ جواز دفع المال إليه مع احتمال وارث آخر بلا فحص إضرار فيندفع بقاعدة حرمة الإضرار، و لأنّ الرجوع إلى أصالة عدم وارث آخر أو عدم الحاجب خلاف الاحتياط فى أموال الناس، مع أنّ أصالة عدم وارث آخر لا تثبت انحصار الوارث على المدّعى.

أقول: دفع المال كما يحتمل كونه إضرارا للوارث الآخر كذلك يحتمل أن يكون إمساكه إضرارا للمدعى، و من ذلك يظهر أنّ الإمساك عن المدعى لا يكون من الاحتياط مطلقا، و عنوان الانحصار لم يؤخذ فى ناحية إرث أولوا الأرحام، بل الموضوع له ترك الميت ولدا أو البنت أو الأخ أو أخوين، و نحو ذلك ممّا يمكن إحرازه بضم الوجدان إلى الأصل.

و لكن هذا الحكم ليس بقضاء، بل هو نظير دفع المال إلى المدعى بلا معارض، و جواز الدفع فى بعض الفروض و إن كان مقتضى الأصل إلّا أنّ فى بعضها الآخر غير جائز، فإنّ مقتضى الأصل فيه وجود الوارث أو الحاجب كموارد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۵

إن كان وارث فيعطى الزوج الربع و الزوجة ربع الثمن معجّلا من غير تضمين و بعد البحث يتمّ الحصة مع التضمين، و لو كان الوارث ممن يحجبه غيره كالأخ فإن أقام البينة الكاملة أعطى المال و إن أقام بينة غير كاملة أعطى بعد البحث و الاستظهار بالتضمين.

استصحاب بقاء الحياة فى الأخ الثالث أو استصحاب بقاء الأبوين أو أحدهما، فإنّه يمنع عن إرث الأخ كما لا يخفى، فلا يبعد أن يجوز

الدفع فی غیر المقدار المتیقن أیضا فیما کان مقتضی الأصل استحقاقه، أمّا لو کان مقتضاه عدم الاستحقاق فیجری فی المقدار الزائد لزوم الفحص، و کذا فی أصل الدفع فیما کان مقتضی الأصل وجود الحاجب إلی أن یحرز عدمه بوجه معتبر.

ثمّ لا- یخفی أنّ هذا کلّه فیما إذا کان المال بید الآخر عینا حیث لا یسمع عند الحاکم اعتراف ذی الید بأنّها بتمامها ملک للمدّعی لکونه الوارث الوحید أو أنّها له و لأخیه لانحصار الوارث علیهما و الوجه فی عدم السماع أنّ اعترافه فی الحقیقة هو أنّ العین ترکة المیت فیجب إیصالها إلی الوارث واقعا أو إلی جمیع الورثة، فقوله أنّ المدعی هو الوارث الوحید أو انحصار الوارث علیه و علی أخیه لا یعتبر اعترافا علی نفسه.

و لا یقاس بما إذا کانت عین بید شخص و ادعاها شخص آخر بأنّها ملکه و اعترف ذو الید بأنّها ملکه، فإنّه یدفع العین إلی مدعیها المقرّ له، حیث یعد قول ذی الید بأنّها ملکه اعترافا بأنّها لیست ملک نفسه، بل علیه دفعها إلی المدعی المزبور بخلاف الاعتراف للمدعی بعنوان أنّه الوارث لفلان، فإنّ الدفع إلیه لا یحسب اعترافا علی النفس مطلقا، کما هو مورد احتمال الحاکم وجود الحاجب أو بالإضافة إلی تمام العین فیما کان المحتمل عنده وارث آخر مع المدعی، و لو فیما ذکرنا فی مورد اقتضاء الاستصحاب وجوده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۶

[الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها فقال أخوها مات الولد أوّلا ثم المرأة]

الرابعة: إذا ماتت امرأة و ابنها (۱) فقال أخوها مات الولد أوّلا ثم المرأة فالمیراث لی و للزوج نصفان و قال الزوج بل ماتت المرأة ثم الولد فالمال لی قضی لمن

و أمّا إذا کان المال دینا علی العهدة فیسمع اعترافه بأنّ المدعی هو الوارث، حیث إنّه اعتراف علی نفسه، فإنّه لو لم یکن هو الوارث أو لم ینحصر علیه لما تعین الدین بدفع المال علیه، بل یبقی الدین الذی من ترکة المیت علی عهدته لتوقف تعین الدین فی الخارج علی قبض المستحق أو وکیله أو ولیه.

(۱) إذا ماتت امرأة و ابنها و لم یعلم الحاکم السابق بالموت مع احتماله اقتران موتهما أو مع عدم احتماله فقال أخوها مات الولد قبل أمّها فالمال بینه و بین الزوج بالمناصفة، و قال الزوج ماتت المرأة أوّلا فالمال کلّه له ورثه من الابن، فإن کانت لأحدهما بینة بما ادّعاه قضی علی طبقها.

و بیان ذلک خمسة أسداس من مال الولد لأبیه یعنی الزوج بلا خلاف و نزاع، لأنّ غایة دعوی أخ المرأة أنّ ثلث مال الولد لموته أوّلا انتقل إلی أمّه، و ذلک الثلث بموت الأمّ ثانیا یکون بینه و بین الأب، فیجتمع للأب خمسة أسداس من مال الولد أربعة بموت الولد و سدس بموت الأمّ بعده، کما أنّ المال الأصلی للمرأة یکون بینه و بین أب الولد بالمناصفة و علی الجملة فالأخ للمرأة یدعی نصف المال الأصلی للأم و سدسا من مال الولد، و لکن دعوی الأب أن کل مال الولد و مال الزوجة له لموت الزوجة أوّلا.

قال المصنّف- قدّس سرّه- أنّه مع عدم البینة لواحد منهما یحکم بأنّ جمیع مال الولد لأبیه، و لعلّ مراده بعد حلف الأب لأخ المرأة علی عدم موت الزوجة بعد موت الابن، أو علی عدم علمه بذلک، کما أنّه یحکم بأنّ ترکة المرأة یعنی جمیع مالها الأصلی بین الأب و أخ المرأة بالمناصفة، و لعلّه أیضا بعد حلف الأخ للأب بأنها لم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۷

تشهد له البینة و مع عدمها لا یقضی بإحدی الدعویین لأنّه لا میراث إلّا مع تحقق

تمت قبل موت ولدها أو لا يعلم موتها كذلك. و على الجملة اختلاف الأب مع أخ الأم في سدس مال الولد و نصف مال الأم.

و علّل- قدّس سرّه- ما ذكره بأنّه لا ميراث إلّا مع تحقق الحياة من الوارث، و لعلّ مرجعه إلى أنّ مقتضى الاستصحاب في ناحية حياة الولد عند موت أمّه انتقال تمام تركتها إلى أبيه، كما أنّ مقتضى الاستصحاب في ناحية حياة الأم زمان موت الولد كون تركتها بين زوجها و أخيها بالمناصفة، و الحلف الذي تقدم احتماله مبني على هذين الاستصحابين.

و لكن شيئا منهما غير تام، لأنّ الاستصحاب في حياة الولد زمان موت الأم لا يثبت اقتران موتهما يعني تحقق الموتين في زمان واحد لينتقل جميع المال الأصلي للابن إلى أبيه و يكون المال الأصلي لأمّه بين زوجها و أخيها، بل قد لا يحتمل الاقتران كما ذكرنا، و لذا يقال في المقام بأنّ دعوى الأب و أخ المرأة بالإضافة إلى سدس المال الأصلي للطفل من دعوى الاملاك، و كذا دعواهما بالإضافة إلى النصف من المال الأصلي للمرأة، فيجري عليهما ما تقدم في دعوى الاملاك من أنّه إذا كان لأحدهما بينة أو حلف أحدهما فالمال له، و مع قيام البينة لكلّ منهما أو عدم إقامتها أصلا يحلفان و يقتسمان و مع نكولهما يقرع بينهما.

أقول: إذا أقام أحدهما بينة على مدّعاه فلا بأس بالحكم بثبوته، لإطلاق اعتبار البينة، و إن تقدم الإشكال في كون الحكم قضاء فيما لم يكن في البين المدعى عليه، و كذا لا بأس بالحكم بالتنصيف مع اقامة كل منهما البينة على مدعاه مع حلفهما أو مع نكولهما أخذا بما ورد في معتبرة إسحاق بن عمّار و ما في ذيل معتبرة غياث بن إبراهيم المتقدمتين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۸

حياة الوارث فلا ترث الامّ من الولد و لا الابن من امه و يكون تركة الابن لأبيه و تركة الزوجة بين الأخ و الزوج.

و إنّما يقع الإشكال في الحكم بالتنصيف مع عدم إقامتهما البينة بحلفهما، حيث يعتبر الحلف من المدعى عليه إذا لم يكن للمدعى بينة، و في مثل المقام كل من المتنازعين مدّع من غير أن يكون في البين المدعى عليه، و إطلاق المدعى لكل منهما بالإضافة إلى المال، حيث إنّه المدعى به، نظير ما إذا لم يكن المال بيد أحد و ادّعاه شخص بلا معارض أو ادّعاه بالبينة.

لا يقال: قد ورد في صحيحة سليمان بن خالد عن أبي عبد اللّه- عليه السلام- قال: «في كتاب علي أنّ نبيا من الأنبياء شكى إلى ربّه فقال: يا ربّ كيف أقضي فيما لم أر و لم أشهد؟ قال: فأوحى اللّه إليه احكم بينهم بكتابي و أضفهم إلى اسمي فحلّفهم به و قال: هذا لمن لم تقم له بينة» «۱»، و ظاهرها قيام الحلف مقام البينة إذا لم تكن.

فإنّه يقال ظاهرها الحلف للمدّعى إذا لم تكن له بيّنة، لا أنّه يحلف المدعى إذا لم يجد بيّنة، و قد ورد في سائر الروايات أنّ الحلف للمدعى يقع من المدعى عليه و المفروض عدم المدعى عليه في مثل المقام.

اللّهمّ إلّا أن يقال يكفي في صدق المدعى عليه المنازع فيما لو اعترف بدعوى المدعى ثبتت دعواه و يلزم على ذلك سقوط الدعوى من الجانبين فيما إذا نكلا عن اليمين إلّا أنّ للعلم إجمالا بكون سدس مال الابن لأحدهما و كذا نصف مال المرأة فيقرع فيهما بينهما لإخراج المحق أخذا بما ورد في القرعة لإخراج المحق.

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۱ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۶۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۱۹

[الخامسة: لو قال هذه الأمة ميراث أبي و قالت الزوجة أصدقني إياها أبوك]

الخامسة: لو قال هذه الأمة ميراث أبي (۱) و قالت الزوجة أصدقني إياها أبوك أقام كلّ واحد منهما بينة قضى ببينة المرأة لأنّها تشهد

بما يمكن خفائه على الأخرى.

---

(۱) إذا مات الأب و قال ابنه هـذه الجاريـة ميراث أبى، و قالت زوجته قـد جعل أبوك الجاريـة صداقا فى نكاحى فهى لى، فإن أقامت بينـة بـدعواها ثبتت، و إلّا يحلف الابن على البنت أو على نفى العلم بـدعواه، و إن أقام كل منهما بيّنـة تقـدم بيّنـة الزوجـة لا لأنّها بينة الخـارج، كمـا عليه المشـهور، بـل لأنّ البينـة المزبورة تشـهد بما يمكن خفاءه على الأخرى، بلا فرق بين كون الجاريـة بيـدهما أو بيد شخص يعترف بأنّها كانت للمتوفى، و كأن مراده- قدّس سرّه- أنّ ما ورد فى تعارض البينتين لا يعم المقام، حيث لا تعارض فى الواقع بين البينتين، حيث تشهد إحداهما بالإصداق و العلم به، و الأخرى تشهد بمقتضى بقاعدة اليد التى كانت للمتوفى.

أقول: هـذه مثل الـدار التى قال الوارث لا أعلم إلّا أنّها كانت بيـد المورث، و يـدعى آخر أنّ الدار له، حيث ذكرنا تقديم ما هو الأكثر فى العدد من شهودهما مع الحلف.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۰

[المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد]

المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد إذا وطئ اثنان امرأة وطيا يلحق به النسب (۱) إمّا بأن تكون زوجة لأحدهما و مشتبهة على الآخر أو مشتبهة عليهما أو يعقد كلّ منهما عليها عقدا فاسدا ثمّ تأتى بولد لستة أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى الحمل فحينئذ يقرع بينهما

---

(۱) لا- ينبغى التأمّل، بـل لا يعرف الخلاف فى أنّه إذا تزوجت الحرّة أو الأمـة بعـد الطلاق الأول و أتت بولـد لسـتة أشـهر من تزوجها الثانى يلحق الولد بالزوج الثانى حتى فيما لو احتمل لحوق الولد بالأوّل و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- «إذا كان للرجـل منكم الجاريـة يطأها فيعتقها فاعتـدّت و نكحت فإن وضـعت لخمسـة أشـهر فإنّه من مولاها الـذى أعتقها و إن وضـعت بعـد ما تزوّجت لستة أشهر فإنه لزوجها الأخير» «۱».

و من ذلك يظهر أنّها لو وضعت بأقل من ستة أشهر من تزوّجها يلحق الولد بالأوّل، و يحكم بحرمتها أبدا للثانى، لأنّها لوضعها فى أقل من ستّة أشـهر محكومة بالحمل من الأوّل، فلا تنقضى عدتها إلّا بوضع الولد، فالنكاح الثانى وقع أيام عدتها، و بما أنّ الثانى دخل بها فتكون محرمة عليه أبدا.

و إذا وطأ المرأة اثنـان أحـدهما زوجهـا أو غيره شـبهة و الآـخر بالزنـا يلحق الولـد بـالزوج أو بالواطئ شـبهة، و لا ينتفى عن الزوج إلّا باللعان، كما تشهد بذلك عدة

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴، الباب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ۱: ۵۶۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۱

و يلحق بمن تعيّنه القرعـة سواء كان الواطيان مسـلمين أو كافرين أو عبدين أو حرين أو مختلفين فى الإسـلام و الكفر و الحرية و الرق أو أبا و ابنه هذه إذا لم يكن لأحدهما بينة.

من الروايات منها موثقـة سـعيد الأعرج عن أبى عبـد اللّه- عليه السـلام- «سألته عن رجلين وقعا على جاريـة فى طهر واحـد لمن يكون الولـد؟ قال: للـذى عنـده لقول رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۱» فإنّ مقتضـى الاستشهاد بقول رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم عدم الفرق فى الحكمة بين الفجور بالجارية و الزوجة، و فى موثقته الأخرى عن أبى عبد اللّه-

عليه السلام- «قال: قلت له: الرجل يتزوج المرأة ليست بمأمونة تدّعى الحمل، قال: ليصبر لقول رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم الولد للفراش و للعاهر الحجر» «۲»، إلى غير ذلك.

و أمّا إذا كان كل من الوطئين أو الأكثر بالفراش فالمشهور أنّه إذا كان فى طهرين يلحق الولد بالأخير، أمّا إذا كانا فى طهر واحد يقرع بينهم، و فى رواية زرارة «قال: سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الرجل إذا طلق زوجته ثم نكحت و قد اعتدّت و وضعت لخمسة أشهر فهو للأوّل و إن كان ولد أنقص من ستة أشهر فلأمّه و لأبيه الأوّل و إن ولدت لستة أشهر فهو للأخير» «۳» و فى خبر أبى العباس: «إذا جاءت بولد لستة أشهر فهو للأخير و إن كان لأقل من ستة أشهر فهو للأوّل» «۴» إلى غير ذلك ممّا يكون مفادها لحوق الولد بالأخير.

و فى صحيحة معاوية بن عمّار عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «إذا وطئ رجلان أو ثلاثة جارية فى طهر واحد فولدت فادّعوه جميعا أقرع الوالى بينهم، فمن قرع كان الولد ولده» «۵»، و فى صحيحة الحلبى و محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴، الباب ۵۸ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ۴: ۵۶۸.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱: ۵۶۵.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۱: ۵۶۵.

(۴) المصدر نفسه: الحديث ۱: ۵۶۵.

(۵) المصدر نفسه: الباب ۵۷ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ۱: ۵۶۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۲

و يلحق النسب بالفراش المنفرد و الدعوى المنفردة و بالفراش المشتركة و الدعوى المشتركة و يقضى فيه بالبينة و مع عدمها بالقرعة.

- عليه السلام-: «إذا وقع الحر و العبد و المشرك بامرأة فى طهر واحد فادّعوا الولد أقرع بينهم فكان الولد للذى يخرج سهمه» «۱»، إلى غير ذلك ممّا يدلّ على انّ إلحاق الولد فى الفرض يكون بالقرعة، و إن لم يدعوه بأن سكتوا كصحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «قال: إذا وقع المسلم و اليهودى و النصرانى على المرأة فى طهر واحد أقرع بينهم فكان الولد للذى تصيبه القرعة» «۲».

و يستفاد من التقييد بطهر واحد أنّه إذا وقع الوطآن فى طهرين يلحق بالأخير، و لعلّه لبراءة الرحم بالحيضة من الماء الأوّل.

و الحاصل أنّ الولد يلحق بالزوج و الفراش مع انفراد كل منهما و كذا يلحق بالمدعى مع صغر الطفل و عدم المعارض و مع الفراش المشترك يقرع سواء ادعيا أم سكتا أو سكت أحدهما، و تمام الكلام فى باب بحث لحوق الولد فى أحكام الأولاد.

إلى هنا انتهى ما قصدنا إيراده من مباحث القضاء و قد وقع الفراغ بيد مؤلفه جواد بن على التبريزى- غفر لهما- فى شهر رجب المرجب سنة خمس و أربعمائة و ألف من الهجرة المباركة.

و للّه الحمد أوّلا و آخرا

---

(۱) الوسائل: ج ۱۴، الباب ۵۷ من أبواب نكاح العبيد، الحديث ۱: ۵۶۶.

(۲) المصدر نفسه: ج ۱۷، الباب ۱۰ ميراث ولد الملاعنة، الحديث ۱: ۵۷۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۳

[كتاب الشهادات]

اشارة

كتاب الشهادات

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۵

بسم اللّه الرّحمن الرّحيم و النظر فى أطراف خمسة:

[الأوّل: فى صفات الشهود]

اشارة

الأوّل:

فى صفات الشهود و يشترط فيه ستة أوصاف:

[الأوّل: البلوغ]

الأوّل: البلوغ (۱).

فلا تقبل شهادة الصبى ما لم يصر مكلّفا، و قيل: تقبل مطلقا إذا بلغ عشرا، و هو متروک.

---

(۱) الشهادة قسم من الخبر كما يأتى، و يقع الكلام فى كتاب الشهادات فى أطراف خمسة: الأوّل: فى الصفات المعتبرة فى الشاهد، و هى ستة:

الأوّل: البلوغ، فلا تسمع شهادة الصبى غير المميز، بلا خلاف معروف

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۶

و اختلف عبارة الأصحاب فى قبول شهادتهم فى الجراح و القتل، فروى جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «تقبل شهادتهم فى القتل و يؤخذ بأوّل كلامهم»، و مثله روى محمد بن حمران عن أبى عبد اللّه- عليه السلام.

أو منقول، و كذا المميز إلى أن يبلغ على المشهور قديما و حديثا، إلّا فى القتل، و قيل فى الجراح خاصة، و قيل فيهما، و قيل كما يظهر من عبارة الماتن- قدّس سرّه- و غيره:

تسمع شهادة من بلغ عشرا مطلقا، من غير فرق بين القتل و الجرح و بين غيرهما، و ربّما ينسب ذلک إلى الشيخ- قدّس سرّه- فى النهاية، و لكنّه وهم، و قد صرّح بعض بعدم عرفان القائل به.

و يشهد لما عليه المشهور صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «فى الصبى يشهد على الشهادة، فقال: إن عقله حين يدرک أنّه حق جازت شهادته» «۱».

و معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: إنّ شهادة الصبيان إذا أشهدوهم و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها» «۲».

حيث إنّ تعليق سماع شهادتهم بما إذا عقلوها حين بلوغهم أو كانت شهادتهم عند كبرهم، مقتضاه عدم سماع شهادتهم قبل بلوغهم.

و فى صحيحة محمد بن حمران قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة الصبى، قال: فقال: لا، إلّا فى القتل يؤخذ بأوّل كلامه و لا يؤخذ بالثانى» «۳»، و نحوها صحيحة جميل قال: «قلت: لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم فى

القتل يؤخذ بأوّل كلامه و لا يؤخذ بالثانى منه» «۴».

---

(۱) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۱.

(۲) الوسائل: ج ۱۸، الباب ۲۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۵۱.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۵۲.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۷

و قال الشيخ فى النهاية: «تقبل شهادتهم فى الجراح و القصاص»، و قال فى الخلاف: «تقبل شهادتهم فى الجراح ما لم يتفرقوا إذا اجتمعوا على مباح»، و التهجّم

و ربّما يقال بتعارضهما مع موثقة طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن على- عليه السلام- قال: «شهادة الصبيان جائزة بينهم ما لم يتفرّقوا أو يرجعوا إلى أهلهم» «۱»، و بما أنّها أخص ممّا تقدم، حيث انّ عدم السماع فيها مطلق فيقيد بما فى الموثقة من شهادتهم بعد تفرقهم أو رجوعهم إلى أهلهم.

و لكن لا يخفى أنّ ظاهر الموثقة تقييد السماع فى مورد سماع شهادتهم، يعنى يعتبر شهادة الصبيان فى القتل أو الجرح فيما إذا شهدوا به أن تقع بين جمعهم قبل أن يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم، فإنه بعد ذلك لا تسمع شهادتهم، و لعل السماع فى تلك الصورة لإفادة شهادتهم العلم بالواقعة نوعا، و يمكن أن يكون المراد شهادة بعضهم على بعضهم الآخر قبل تفرقهم و رجوعهم إلى أهلهم، و لو لم يكن ظاهرها ذلك، فيحمل عليه، جمعا بينها و بين ما تقدم.

و لو أغمض عن ذلك أيضا، فالنسبة بينها و بين مثل صحيحة جميل العموم من وجه، لدلالة المستثنى منه فى الصحيحة على عدم اعتبار شهادة الصبى فى غير القتل عند تفرقهم، و لا ينافيها الموثقة، و دلالة الموثقة على اعتبار شهادتهم فى القتل قبل تفرقهم، و هذا لا- ينافيه المستثنى منه فى الصحيحة، و يجتمعان فى شهادتهم فى غير القتل قبل تفرقهم، فالموثقة تثبت سماعها و الصحيحة تنفى سماعها، و بعد تساقطهما يرجع إلى الإطلاق فى عدم سماع شهادة الصبى حتى يدرك.

و أمّا صحيحة أبى أيوب الخزاز قال: «سألت إسماعيل بن جعفر متى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۵۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۸

على الدماء بخبر الواحد خطر، فالأولى الاقتصار على القبول فى الجراح

تجوز شهادة الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قلت: و يجوز أمره؟ قال:

فقال: إنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم دخل بعائشة و هى بنت عشر سنين و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته» «۱».

فلا يمكن الاعتماد عليها لعدم الإسناد إلى المعصوم- عليه السلام-، و لعل القول بسماع شهادتهم إذا بلغوا عشر سنين مستند إلى هذه الرواية التى تتضمن القياس الباطل.

و أمّا موثقة عبيد بن زرارة، قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة الصبى و المملوك، قال: على قدرها يوم اشهد تجوز فى

الأمر الدون و لا تجوز فى الأمر الكبير» «۲»، فلا يمكن الاستناد عليها أيضا، لتضمّنها عدم جواز شهادة المملوك، مع ما يأتى من جواز شهادة المملوك كالحرّ، و التفصيل الوارد فيه لم يعهد العمل به من أحد من الأصحاب، مع عدم الانضباط فى الأمر الدون و الأمر الكبير.

و المتحصّل المتبع فى المقام ما دلّ على عدم سماع شهادتهم حال صغرهم، و يستثنى من ذلك شهادتهم فى القتل ابتداء كلامهم، فلا يسمع شهادتهم ثانيا على خلاف الابتداء، و قد صرّح بذلك جمع من الأصحاب، و بعضهم الحق شهادتهم فى الجرح بالقتل بالأولوية، بل ظاهر الماتن و الدروس انحصار سماع شهادتهم على الجرح.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۵۲.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۵: ۲۵۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۲۹

بالشروط الثلاثة: بلوغ العشر، و بقاء الاجتماع، إذا كان على مباح، تمسكا بموضع الوفاق.

و لكن لا يخفى انّ مقتضى الأولويّة على تقديرها إلحاق الشهادة بكل أمر و هذا يخالف الحصر الوارد فى صحيحتى جميل و محمّد بن حمران المتقدمتين، و لم يرد فى شىء من الروايات السماع فى الجرح، و عليه فالأظهر الاقتصار بالقتل فلا يتعدّى إلى الجرح فضلا عن غيره، و ذلك لأنّ السماع فى القتل فيه نوع تحفظ على الدماء.

و العجب من مثل الماتن حيث ترك العمل بصحيحتى جميل و محمد بن حمران، و مع ذلك التزم بجواز السماع فى الجرح، و قد تبين أنّ السماع فى الجرح مبنى على السماع فى القتل بالعمل بهما.

و ما ذكر من اشتراط بلوغهم فقد تقدم الحال فيه، و كذا ما ذكره بعضهم من اشتراط اجتماعهم على المباح، و قد سبقهم على ذلك الاشتراط الشيخ- قدّس سرّه- فى النهاية، و لا يخفى ما فيه أيضا بعد كون الصبى مرفوع القلم.

ثمّ إنّ فى شمول الاستثناء للصبيّة تأمّلا و الأصل عدم اعتبار شهادتها، و لا يخفى أيضا أنّ مورد الكلام فى المقام سماع شهادة الصبى عند أدائها، و أمّا تحمّل الشهادة عند الصبا و أدائها بعد بلوغها فلا بأس به، كما هو ظاهر صحيحة محمد بن مسلم و معتبرة السكونى المتقدمتين، و لكن تحمّله لا يفيد فيما إذا كان شرطا كما فى الطلاق، و مما ذكر يظهر التمسّك فى الحكم فى المقام بقوله سبحانه: وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجٰالِكُمْ «۱».

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۰

[الثانى: كمال العقل]

الثانى: كمال العقل (۱).

فلا تقبل شهادة المجنون إجماعا، أمّا من يناله الجنون أدوارا فلا بأس بشهادته حال إفاقته، لكن بعد استظهار الحاكم بما يتيقن معه حضور ذهنه و استكمال فطنته.

و كذا من يعرض له السهو غالبا، فربما سمع الشىء و أنسى بعضه، فيكون ذلك مغيّرا لفائدة اللفظ و ناقلا لمعناه، فحينئذ يجب الاستظهار عليه حتى يستثبت ما يشهد به.

(۱) لا ـ ينبغى التأمّل فى اعتبار العقل فى الشاهد، حيث لا اعتبار لأقوال المجنون فى غير مقام الشهادة فضلا عن مقامها، أضف إلى ذلك اعتبار العدالة فى الشاهد، و المجنون لا ـ يوصف بها، و قد صرّح بعضهم اعتبار العقل عند التحمّل أيضا، و اعتباره فيما كان التحمّل شرطا كما فى الطلاق صحيح و فى غيره لا يخلو عن الوجه.

و مما ذكر يظهر أنّه لا بأس بشهادة المجنون حال إفاقته حيث انّه يدخل حالها مع اجتماع سائر الشرائط فى شهادة رجل عدل.

و ذكر الماتن- قدّس سرّه- أنّه لا تسمع شهادة من يغلب عليه السهو، فانّ الشخص مع عدالته ربّما ينسى بعض الشيء، و إذا كان أمرا غالبيا لعادل فلا اعتبار بشهادته كما لا اعتبار باخباره عند العقلاء و المتشرعة، إلّا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۱

و كذا المغفّل الذى فى جبلته البله، فربّما استغلط لعدم تفطّنه لمزايا الأمور، و الأولى الاعراض عن شهادته ما لم يكن الأمر الجلى، الذى يتحقق الحاكم استثبات الشاهد به و انه لا يسهو فى مثله.

إذا حصل وثوق بعدم سهوه، و لو لكون المخبر به أو المشهود به مما لا يسهى فيه.

و على الجملة ما ورد فى اعتبار البيّنة و خبر العدل ينصرف عن أخبار من يغلب عليه السهو، و كذا المغفل الذى فى جبلته البله، لعدم تفطّنه لمزايا الأمور، و لا يؤمن من التزوير عليه.

و يمكن استظهار الاعتبار مع الإغماض عمّا ذكر من مثل صحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: ما يرد من الشهود؟ فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين» «۱»، حيث لا يبعد شمول المتهم لمن كان اتهامه بكثرة نسيانه أو كونه أبله لا يلتفت إلى خصوصية الواقعة حتى مع حسّه بها.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۲

[الثالث: الإيمان]

الثالث: الإيمان.

فلا تقبل شهادة غير المؤمن (۱) و إن اتّصف بالإسلام، لا على مؤمن و لا على

---

(۱) مراده- قدّس سرّه- عدم سماع شهادة المخالف، و انّ الإيمان بمعناه الخاص شرط فى الشاهد زائدا على إسلامه، فلا توجب شهادة غير المؤمن ملاكا للقضاء، نعم إذا أوجبت شهادته أو شهادة غير المسلم فى مورد علما للقاضى بالحق فعلى القاضى الحكم به لا للشهادة، بل لكونه قضاء بعلمه.

و لا ـ ينبغى التأمل فى عدم سماع شهادة المخالف على المؤمن فيما إذا كان المخالف مقصّرا فى عدم الاعتقاد و عرفان الحق فإنّه يدخل فى الفاسق، و يأتى انّه لا اعتبار بشهادة الفاسق، أضف إلى ذلك دعوى الإجماع عليه، بل مقتضى بعض الكلمات عدم الفرق بين القاصر و المقصّر.

و لكن إثبات عدم سماع شهادة القاصر لا يمكن، بل سماعها مقتضى الإطلاق فى بعض الروايات كصحيحة محمد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الذمّى و العبد يشهدان على شهادة، ثمّ يسلم الذمّى و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كان

أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» «۱».
و فی صحیحته الأخری عن أبی جعفر- علیه السلام- قال: «لو كان الأمر إلینا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خیر، الحدیث» «۲»، حیث إنّ المخالف القاصر فیما إذا كان عدلا علی مذهبه یدخل فیهما.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۸۵.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸: ۲۹۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۳

غیره، لاتّصافه بالفسق و الظلم المانع من قبول الشهادة.

نعم، لو قیل بكفر المخالف یتعیّن القول بعدم سماع شهادة المخالف مقصرا أو قاصرا، لكن القول المزبور ضعیف، كما قرر فی بحث الكفر و الإسلام، و هذا فی غیر الناصب فإنّ الناصب داخل فی عنوان الكافر و لا تسمع شهادة الكافر علی مسلم.
و فی صحیحة أبی عبیدة عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- قال: «تجوز شهادة المسلمین علی جمیع أهل الملل، و لا تجوز شهادة أهل الذمّة (الملل) علی المسلمین» «۱».
و فی موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد اللّه- علیه السلام- عن شهادة أهل الملة قال: فقال: لا تجوز إلّا علی أهل ملتهم» «۲».
و یدل أیضا ما ورد مثل صحیحتی محمد بن مسلم فی سماع شهادة الكافر بعد إسلامه، و یأتی بقیة الكلام فی شهادة الكافر.
و فی صحیحة عبد اللّه بن المغیرة قال: «قلت لأبی الحسن الرضا- علیه السلام-:
رجل طلّق امرأته و أشهد شاهدین ناصبیین، قال: كل من ولد علی الفطرة و عرف بالصلاح فی نفسه جازت شهادته «۳».
و لا بدّ من حملها علی أنّ الجواب نوع طفرة عن الجواب ببیان الكبری، كیف و جواز شهادة الناصب فی الطلاق مخالف للكتاب المجید حیث یقول سبحانه:
وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ مِنْكُمْ «۴»، و الكافر لا یدخل فی ذوی عدل منكم.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۸۴.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۸۴.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۵: ۲۹۰.

(۴) الطلاق: ۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۴

نعم، تقبل شهادة الذمّی خاصّة فی الوصیّة، إذا لم یوجد من عدول المسلمین

و عن المسالك: انّ المعتبر فی صدق الفاسق و الظالم حیث علّل الماتن عدم سماع شهادة غیر المؤمن بصدقهما هو عدم اعتقاد الشخص بأنّ ما یفعله أو یعتقده من خلاف الحق بأنّه الحق و الطاعات، و إلّا فمع الاعتقاد بذلك سواء أ كان هذا الاعتقاد ناشئا عن نظر أو تقلید لا یدخل الشخص فی العنوانین، فانّ الظالم من یعاند الحق مع علمه به، و الفاسق من ترك الحق مع إحرازه، و العامة مع اشتراطهم العدالة فی الشاهد یقبلون شهادة المخالف لهم فی الأصول ما لم یبلغ خلافه حد الكفر أو یكون خلافه لدلیل قطعی بحیث تكون المخالفة بمحض التقصیر، و علی ذلك فالعدل یوجد فی جمیع أهل الملل مع قیامهم بمقتضی ملتهم و دینهم، و یحتاج إخراج

هذا النحو من العدل عن سماع شهادة العدل إلى دليل و قد تحقق الدليل في الكافر بالإضافة إلى شهادته على المسلم و لو فرض فسق المخالف كما هو ظاهر المصنف فاشتراط الإيمان لا يحتاج إليه بعد اشتراط العدالة.

و فيه ما لا- يخفى، من صدق الظالم لنفسه و الفاسق على من ترك الفحص عن الحق و لو مع احتماله في زمان، بحيث لو فحص عن الحق في ذلك الزمان لتمكن من الوصول إليه.

بقي في المقام أمر، و هو ما يقال من انّه إذا كان المخالف محكوما بالفسق فلا تقبل شهادته على مؤمن، و أمّا إذا شهد على مخالف آخر فعلى القاضي سماع شهادته، حيث انّ السماع مقتضى قاعدة الإلزام، حيث إنّ المدعى عليه المخالف لا يرى بشهادة المخالف المزبور بأسا.

و لا يبعد القول بأنّ سيرة عليّ- عليه السلام- كانت على ذلك في قضاياه، و الإجماع المدّعى على عدم سماع شهادة المخالف مطلقا أو فيما كان جاهلا مقصرا لا يعم الفرض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۵

من يشهد بها (۱)، و لا يشترط كون الموصى في غربة، و باشتراطه رواية مطرحة،

أقول: الالتزام بالتفرقة في قضايا عليّ- عليه السلام-، و انّه إذا كان المدّعى مؤمنا و شهوده من المخالفين كالمدّعى عليه كان يحكم للمؤمن بتلك الشهادة، و أمّا إذا كان الأمر بالعكس بأن كان المدّعى كشهوده من المخالفين لا يحكم بشهادتهم على المؤمن بعيد غاية البعد.

بل لا يبعد ان يكون قضاؤه- عليه السلام- بشهادة المخالفين لمؤمن على مخالف أو لمخالف على مؤمن مجرى التقية و المداراة، و قد ورد في موثقة أيوب بن نوح الأخذ بأحكامهم بالتقية و المداراة، قال: «كتبت إلى أبي الحسن- عليه السلام- أسأله هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منّا في أحكامهم أم لا؟ فكتب- عليه السلام-: يجوز لكم ذلك إذا كان مذهبكم فيه التقية منهم و المداراة» «۱».

و قد ورد في صحيحة أبي ولّاد الواردة في قضاء أبي حنيفة في واقعة البغلة المستأجرة عدم نفوذ قضائه لمؤمن على مخالف، مع عدم التقية في مورده كما هو ظاهرها.

(۱) يقع الكلام في جهتين:

الأولى: سماع شهادة المسلم العادل على الكافر و عدم سماع شهادة الكافر على المسلم، مؤمنا كان أو غيره، من غير فرق بين الكافر ذمّيا أو غيره، و قد نفى الخلاف عن الحكمين بل ادّعى عليهما الإجماع.

و في صحيحة أبي عبيدة عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-: «تجوز شهادة المسلمين على جميع أهل الملل و لا تجوز شهادة أهل الذمّة (الملل) على المسلمين» «۲».

---

(۱) الوسائل: ۱۷، الباب ۴ من أبواب ميراث الاخوة و الأجداد، الحديث ۳: ۴۸۴.

(۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۳۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۶

و يثبت الإيمان بمعرفة الحاكم أو قيام البيّنة أو الإقرار.

و إذا لم تنفذ شهادة الذمّي على مسلم فعدم سماع شهادة الحربي أولى.

و يدلّ أيضا على عدم السماع صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب» «۱».

و كذا ما ورد فى سماع شهادة الكافر على المسلم إذا كان الأداء بعد إسلامه، كمعتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام-:

اليهودى و النصرانى إذا أشهدوا ثم أسلموا جازت شهادتهم» «۲».

نعم فى صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن نصرانى أشهد على شهادة ثم أسلم بعد، أ تجوز شهادته؟ قال: لا» «۳».

و لكن لا بدّ من حملها على صورة عدم إحراز عدله بعد إسلامه، جمعا بينها و بين مثل معتبرة السكونى، بشهادة صحيحة محمّد بن مسلم قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الذمّى و العبد يشهدان على شهادة، ثمّ يسلم الذمّى و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كان أشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما «۴»، و على الجملة مقتضى ما تقدم عدم سماع شهادة الكافر على المسلم و لو كان الكافر من القاصر.

الجهة الثانية: أنّه تسمع شهادة الكافر بالوصية من الموصى المسلم إذا لم يجد من عدول المسلمين من يشهد بها، و هذا الحكم فى الجملة قطعى و لا خلاف فيه، لدلالة الكتاب المجيد و الروايات، قال سبحانه أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ «۵».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۵۴.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۸۶.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۸۶.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۶.

(۵) المائدة: ۱۰۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۷

و هل تقبل شهادة الذمّى على الذمّى؟ قيل: لا، و كذا لا تقبل على غير

و فى صحيحة ضريس الكناسى قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلّا أن لا يوجد فى تلك الحال غيرهم، و ان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم فى الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حق امرء مسلم و لا يبطل وصيته «۱»».

و فى صحيحتى الحلبى و محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال:

«سألته هل تجوز شهادة أهل ملة من غير أهل ملتهم؟ قال: نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انّه لا يصلح ذهاب حق أحد» «۲».

و موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة أهل الذمّة (الملّة)، فقال: لا تجوز إلّا على أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية، لأنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» «۳».

و فى صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى قول اللّه عزّ و جلّ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ قال: «إذا كان الرجل فى أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم فى الوصية» «۴».

و تتضح أطراف المسألة بالتكلّم فى أمور:

الأوّل: هل يعتبر فى سماع شهادة الكافر بوصية المسلم أن يكون الموصى عند الوصية فى الغربة أم لا تعتبر الغربة؟

المنسوب إلى المشهور قديما و حديثا عدم الاعتبار، و يذكر فى وجهه: أنّ الغربة و إن وردت فى بعض الروايات قيدا بل ظاهر الآية ذلك إلّا انّه قيد غالبى، فإنّه لا يحتاج فى تحمّل الشهادة فى غير الغربة إلى الكافر، فلا يمنع ذلك عن الأخذ بالإطلاق فى بعض الروايات، كما فى صحيحة ضريس المتقدمة.

---

(۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الوصايا، الحديث ۱: ۳۹۰.

(۲) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الوصايا، الحديث ۳: ۳۹۰.

(۳) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الوصايا، الحديث ۵: ۳۹۰.

(۴) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الوصايا، الحديث ۴: ۳۹۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۸

الذمّى، و قيل: تقبل شهادة كلّ ملّة على ملتهم، و هو استناد إلى رواية سماعة،

بل يقال: إنّ مقتضى التعليل فى الروايات بأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد عدم الاعتبار، بل المعتبر عدم التمكن على المسلم العادل كان فى الحضر أو فى السفر، و المراد من المسلم العادل هو المتمكّن على أداء الشهادة عند الحاجة إليه، فلا يفيد الظفر بمسلم عادل عند تحمّل الشهادة مع عدم تمكّنه على أدائها بعد ذلك و لو لذهابه إلى بلد لا يعرف.

و عن جماعة، كالشيخ فى ظاهر المبسوط، و ابن زهرة فى ظاهر الغنية، و الإسكافى و الحلبى فى صريحهما اعتبارها، و علّل الاعتبار بأنّه لا يمكن الأخذ بظاهر التعليل لجريانه فى غير الوصية، و إذا سقط الإطلاق فى التعليل يؤخذ بالقيد فى الروايات، و ما عن المحقّق- قدّس سرّه- فى الكتاب: و لا يشترط كون الموصى فى غربة و باعتبارها رواية مطرحة، من غرائب الكلام، فإنّ طرح ظهور الآية و بعض الروايات فى اعتبارها مع عمل جمع من الفقهاء غير صحيح.

أقول: لو فرض عدم الإطلاق فى التعليل يبقى فى البين انّ القيد فى الآية و بعض الروايات غالبى، لأنّ عدم التمكن على المسلم العادل يحصل فى الغربة و السفر، فلا يمنع عن الأخذ بالإطلاق فى صحيحة ضريس الكناسى، مع انّه لم يعلم عدم الإطلاق فى التعليل، فإنّ المراد بالحق فى قوله- عليه السلام-: «لا يصلح ذهاب حقّ أحد»، هو حقّ الوصية، كما يقتضيه عطف: «و يبطل وصيته عليه»، و على الجملة فالمتّبع هو الأخذ بالإطلاق، و اللّه سبحانه هو العالم.

الثانى: ذكر فى الجواهر أنّه لا فرق فى شهادة الذمى بالوصية مع فقد المسلم بين كونها بالمال أو الولاية أو بهما معا، و يعبر عن الوصية بالولاية الوصاية، و على الأوّل اتفاق، و هذا الكلام يشير إلى الخلاف فى الوصية بالولاية، و قد نقل عن جماعة منهم الشهيد الثانى فى المسالك اختصاص الحكم بالوصية بالمال،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۳۹

و المنع أشبه.

وقوفا فيما خالف الأصل على المتيقن، و عن المحقق الأردبيلى- قدّس سرّه- فى بعض الروايات إشارة إلى الاختصاص، و لعلّه أراد ما علّل به السماع، من أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد.

و لكن لا يخفى ما فى تعليل الشهيد الثانى و ما ذكره الأردبيلى من الإشارة، فإنّ مقتضى الروايات بإطلاقها سماع شهادة غير المسلم

فى الوصية مع عدم وجدان المسلم، من غير فرق بين كونها بالمال أو بالولاية، و الوصاية أيضا جعلها حقّ للمسلم، فلا يصلح ذهابها.

الثالث: المذكور فى كلمات كثير من الأصحاب كعبارة الماتن- قدّس سرّه-، هو الذمّى، و بعضهم ذكر سماع شهادة أهل الكتاب، و هم اليهود و النصارى، و الحق بهما المجوس، أمّا لكونهم من أهل الكتاب أو لأنّهم ملحقون بهم فى الجزية و غيرها.

و فى الروايات الواردة فى المقام، شهادة أهل الملل و شهادة من ليس بمسلم و شهادة الكافر و أهل الكتاب و الذمى، و فى موثقة سماعة قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة أهل الملّة، فقال لا تجوز إلّا على أهل ملتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصية لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد» «۱».

و فى معتبرة حمزة بن حمران عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن قول اللّه عزّ و جلّ ذَوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ قال: فقال: اللذان منكم مسلمان، و اللّذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۸۷.

....

فليشهد على وصيته رجلين ذمّيين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» «۱».

و فى صحيحة الحلبى قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام-: هل تجوز شهادة أهل الذمّة على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حق أحد» «۲».

و الأظهر عدم اعتبار كون الكافر ذمّيا، بل يكفى كونه من أهل الملّة و الكتاب، فإنّ الذمّى الوارد فى بعض الروايات قد فرض فى سؤال الراوى، كما فى موثقة سماعة و صحيحة الحلبى، فلا دلالة لمثلهما على الاعتبار. و تقييد الإطلاق فى غيرهما، و لكنّه ذكر قيدا فى معتبرة حمزة بن حمران، و هى أيضا لا تصلح لتقييد الإطلاق فى غيرها، لما تقدم من أنّ الموجود غالبا بين المسلمين و أراضيهم هو الكافر الذمّى، فذكره لملاحظة الغالب.

الرابع: ظاهر كلام الماتن- قدّس سرّه- أنّه يعتبر فى سماع شهادة الذمّى بوصية المسلم فقد عدلين مسلمين، و أنّه إذا لم يجد الموصى المسلم عند وصيته مسلمين عدلين يجوز الاشهاد بالذميين، فلا عبرة فى جواز اشهادهما بالتمكن من المسلمين الفاسقين، و لكن المحكى عن العلامة فى التذكرة انّه لو وجد مسلمين فاسقين فإن كان فسقهما بغير الكذب و الخيانة أنّهما أولى من أهل الذمّة، و لو كان فسقهما يتضمّن الكذب و الخيانة فالذمّى أولى، و لو وجد مسلمان مجهولا العدالة، فهما أولى من شهود أهل الذّمة، و مال إليه فى المسالك على ما قيل.

أقول: المسلم غير المتحرز عن الكذب و الخيانة يزيد على الكافر بشرف الإسلام، و العدل فى الكافر ليس إلّا الأمانة و التحرز عن الكذب، و سائر ما

---

(۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۰ من أحكام الوصايا، الحديث ۷: ۳۹۲، و الآية فى المائدة: ۱۰۶.

(۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۷.

....

يعمل به و يتركه على زعمه فى دينه، و لكن هذا لا ينافى تقديم هذا الكافر على المسلم المزبور فى مقام الشهادة، تحفظا بكرامة مقامها و كرامة العدل، و العمدة فى المقام دعوى ظهور بعض الروايات فى أنّه لا تصل النوبة إلى إشهاد الكافر إلّا مع فقد المسلم.

و فى صحيحة هشام بن الحكم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى قول اللّه عزّ و جلّ أَوْ آخَرٰانِ مِنْ غَيْرِكُمْ فقال: «إذا كان الرجل فى أرض غربة و لا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم فى الوصية» «۱».

و فى موثقة سماعة: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة أهل الملّة، قال:

فقال: لا تجوز إلّا على أهل ملتهم فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم على الوصيّة» «۲».

و لكن لا إطلاق فى هذه الروايات بالإضافة إلى المسلم الفاسق، خصوصا فى صحيحة هشام الواردة فى السؤال عن المراد بالآية المباركة، فإنّها ناظرة إلى بيان المراد من غيركم، و انّه إنّما تصل النوبة إلى إشهاد الكافر مع عدم التمكن على إشهاد المسلم بالوصية، مع التحفظ على سائر شرائط الشهادة و منها العدالة، و على الجملة لا يستفاد منها كفاية شهادة مسلمين فاسقين.

نعم، لا يبعد سماع شهادة المسلم العدل مع كافر عدل، بحيث لا يحتاج مع شهادتهما إلى الحلف من المدعى، و الوجه فى ذلك: انّ المسلم العدل لا يقصر عن الكافر العدل جزما، و ليس فى سماع شهادته مع الكافر العدل خلاف التحفظ على كرامة مقام الشهادة لعدل المسلم.

و يبقى فى المقام ما ذكره الماتن- قدّس سرّه- من ثبوت الإيمان بمعرفة

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۸۷.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۸۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۲

....

الحاكم أو قيام البينة و الإقرار، و قد ذكر فى المسالك: انّ كلّا من البينة و معرفة الحاكم يستند إلى إقرار الشاهد لا محالة، لأنّ الإيمان أمر قلبى لا يمكن معرفته إلّا باخبار الشخص بمعتقده، فالإقرار واسطة فى كل من معرفة الحاكم و قيام البينة.

أقول: الإيمان المعتبر فى الشاهد و غيره و ان كان أمرا قلبيا إلّا أنّ له بروزا بالآثار و العلامات، فيكون اطلاع الحاكم أو غيره من الشهود و غيرهم بالاطلاع بتلك الآثار و العلامات نظير إحراز العدالة، بناء على أنّها ملكة الطاعات، فلا يلزم أن يتوسط فى علم الحاكم أو البينة إقرار الشخص بإيمانه.

و يبقى فى البين سؤال الفرق بين اخبار شخص بعدله و اخباره بمعتقده، بقبول الثانى دون الأوّل، و يمكن تصحيح التفرقة بدعوى جريان السيرة من المتشرعة على المعاملة مع المقر معاملة المؤمن ما لم يظهر منه خلاف مقتضى إقراره، و هذه غير بعيدة، و يؤيدها ما يدل على قبول دعوى الحربى كونه كتابيا.

لو رافع الكافر خصمه الكافر إلى القاضى بالحق المنصوب بالنصب العام أو الخاص، سواء أ كان خصمه من أهل ملّته أم من غيره، فيعتبر فى الحكم بثبوت دعواه الإتيان من المسلمين بشاهدين عدلين، و لا يكون غير ذلك مدركا و بيّنة فى ثبوتها.

و فى الجواهر نسب عدم سماع شهادة الكافر و لو على الكافر إلى المشهور، و لكن المنسوب إلى ابنى الجنيد و إدريس بل الأصحاب، كما فى المختلف، جواز شهادة أهل كلّ ملّة على أهل تلك الملّة.

و يدلّ على ذلك موثقة سماعة المتقدمة قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة أهل الملّة، فقال: لا تجوز إلّا على أهل

ملّتهم» «۱»، فی ذیلها:

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴: ۲۸۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۳

....

«فإن لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم علی الوصیة لأنّه لا یصلح ذهاب حق أحد»، و مقتضی ذیلها أنّه مع فقد الشاهد من أهل ملّته تقبل شهادة الکافر من غیر ملّته فی الوصیة.

و بهذا یرفع الید عن الإطلاق فی صحیحة الحلبی، قال: «سألت أبا عبد اللّه- علیه السلام-: هل تجوز شهادة أهل الذمّة علی غیر أهل ملّتهم؟ قال: نعم إن لم یوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غیرهم لأنّه لا یصلح ذهاب حق أحد» «۱»، بل التعلیل کما ذکرنا بنفسه قرینة علی کون الصحیحة ناظرة إلی الشهادة بالوصیة.

و یمکن أن یستدلّ علی سماع شهادة أهل کلّ ملّة علی أهل تلک الملّة بصحیحة ضریس الکناسی قال: سألت أبا جعفر- علیه السلام- عن شهادة أهل ملّة هل تجوز علی رجل من غیر أهل ملّتهم؟ قال: لا، إلّا أن لا یوجد فی تلک الحال غیرهم، و إن لم یوجد غیرهم جازت شهادتهم فی الوصیة» «۲».

فإنّ هذه الصحیحة و إن اشتملت علی روایة الکلینی علی لفظ مسلم فی قوله: «هل تجوز علی رجل مسلم من غیر أهل ملتهم» «۳»، إلّا أنّ قوله: «من غیر أهل ملّتهم»، قرینة علی زیادة لفظ مسلم، و یظهر منها انّ سماع شهادة أهل ملّة علی أهل تلک الملّة کان مفروغا عنه عند السائل.

و المتحصل انّه لا وجه لرفع الید عن الإطلاق فی موثقة سماعة و هکذا فی صحیحة ضریس علی روایة الشیخ، أضف إلی ذلک ما تقدم من انّ سماع شهادة أهل ملّة علی أهل تلک الملّة مقتضی قاعدة الإلزام، فما ذکره الماتن- قدّس سرّه- من أنّ المنع أشبه لا یمکن المساعدة علیه.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۰ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۸۷.

(۲) التهذیب ۶: ۲۵۳.

(۳) الکافی ۷: ۳۹۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۴

[الرابع: العدالة]

اشارة

الرابع: العدالة.

إذ لا طمأنینة مع التظاهر بالفسق (۱)، و لا ریب فی زوالها بمواقعة الکبائر،

(۱) قد علّل- قدّس سرّه- اعتبار العدالة فی الشاهد بأنّه لا اطمئنان بشهادة من تظاهر بالفسق، و من الظاهر عدم اختصاص ذلک

بالتظاهر، بل يجرى فى شهادة غير العادل، تظاهر بفسقه أم لا.

و على أىّ تعتبر العدالة فى الشاهد بلا خلاف معروف أو منقول، و ان يتراءى من بعض الكلمات الخلاف فى معنى العدالة، فإنّه قد ذكر سبحانه فى تحمّل الشهادة بالوصية اعتبار استشهاد ذوى عدل من المسلمين، و إذا اعتبرت العدالة فى الشاهد بالوصية، مع أنّ أمرها هيّن للتوسعة فيها، و علّل ذلك بأنّه لا يصلح ذهاب حق الوصية من المسلم أو من كل أحد، كان اعتبارها فى الشاهد بغيرها أولى.

و فى صحيحة عبد اللّه بن أبى يعفور، «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-:

بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم، الحديث» «۱».

و فى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا» «۲».

و فى صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «كان على- عليه السلام- إذا كان أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء و عددهم

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۵

كالقتل و الزنا و اللواط و غصب الأموال المعصومة، و كذا بمواقعة الصغائر مع

سواء، أقرع بينهم على أيّهما تصير اليمين» «۱».

و فى صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام-: «انّ عليّا- عليه السلام- قال: لا أقبل شهادة الفاسق إلّا على نفسه» «۲».

و فى صحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام- ما يردّ من الشهود؟ فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل ذلك فى الظنين» «۳»، إلى غير ذلك.

لا يقال: تعارض الروايات صحيحة حريز عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، فعدّل منهم اثنان و لم يعدّل الآخران، فقال: «إذا كانوا أربعة من المسلمين ليس يعرفون بشهادة الزور أجيزت شهادتهم جميعا و أقيم الحدّ على الذى شهدوا عليه، إنّما عليهم أن يشهدوا بما أبصروا و علموا، و على الوالى أن يجيز شهادتهم إلّا أن يكونوا معروفين بالفسق» «۴».

حيث إنّ مقتضى هذه جواز سماع شهادة من لا يعرف بالفسق، و لعلّ مقتضى الجمع بينها و بين ما تقدم حمل تلك الرواية على أنّ المراد بالعدالة فى الشاهد عدم معلومية فسقه.

و يقرب من صحيحة حريز ما رواه الصدوق بإسناده عن العلاء بن سيابة قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة من يلعب بالحمام، قال: لا بأس

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۱۸۳.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۹۱.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۸: ۲۹۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۶

الإصرار أو فى الأغلب، أمّا لو كان فى الندرة، فقد قيل: لا يقدح لعدم الانفكاك

إذا كان لا يعرف بفسق» «۱».

فإنّه يقال: الروايتان مع الغمض عمّا فى الثانية من المناقشة فى سندها بعلاء بن سيابة و غيره، لا يمكن الأخذ بهما، بل المتعين طرحهما فى مقام المعارضة، فإنّ الروايات المتقدمة موافقة للكتاب العزيز الدال على اعتبار العدل فى الشاهد بالوصية، المقتضى اعتبارها فى غيره على ما تقدم.

و قد تقدم فى بحث القضاء ظهور عدالة الشخص فى دينه استقامته و عدم ميله عن الوظائف المقررة له فى الشرع أو فى الملكة المقتضية للاجتناب عن الكبائر و ترك الإصرار على الصغائر، و قد ذكر فى صحيحة عبد اللّه بن أبى يعفور و غيرها طريقا إلى إحراز عدالة الشخص المعبّر عنه بحسن الظاهر، فلاحظ صدر الصحيحة و ذيلها.

و فى موثقة سماعة بن مهران عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: من عامل الناس فلم يظلمهم و حدّثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممّن حرمت غيبته و كملت مروّته و ظهر عدله و وجبت اخوّته «۲».

و من الظاهر أنّه لو كان المراد بالعدالة عدم عرفان الشخص بالفسق، فلا يحتاج ذلك إلّا إلى إحراز إسلامه و إيمانه، أى كونه اثنى عشريا على ما تقدم فى اشتراط الإسلام و الإيمان، و قد ذكر فى الروايات عدم كفاية إسلام الشخص فى قبول شهادته، بل يعتبر إحراز الخير منه.

---

(۱) الفقيه ۳: ۴۸، الوسائل ۱۸: الباب ۵۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۳۰۵، التهذيب ۶: ۲۸۴.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۵۲ من أبواب العشرة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۷

منها، إلّا فيما يقلّ، فاشتراطه التزام للأشقّ، و قيل: يقدح لإمكان التدارك

و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «لو كان الأمر إلينا لأجزنا شهادة الرجل إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس» «۱»، و فى صحيحته الأخرى: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الذمّى و العبد يشهدان على شهادة ثم يسلم الذمى و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كانا أشهدا عليه؟

قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» «۲»، و قد تقدم نقل الروايتين و غيرهما.

و المتحصّل إنّه لا ينبغى التأمّل فى اعتبار العدالة فى الشاهد، و قد تقدم فى بحث القضاء انّ ظاهر العدالة استقامة الشخص فى دينه و عدم عدوله عن وظيفته الشرعية.

و قد ذكروا انّ ارتكاب الكبيرة تقطع العدالة و كذا الصغيرة مع الإصرار، و المراد بالإصرار تكرار الارتكاب بلا تداركه بالتوبة، سواءا كان تكراره تكرار ما ارتكبه أم عدم الاعتناء بالصغائر الأخرى.

و فى موثقة سماعة قال: «سمعت أبا الحسن- عليه السلام- يقول: لا تستكثروا كثير الخير و لا تستقلّوا قليل الذنوب، فإنّ قليل الذنوب تجتمع حتى يكون كثيرا، و خافوا اللّه فى السرّ حتى تعطوا من أنفسكم النصف» «۳».

و فى صحيحة زيد الشحام قال: «قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: اتّقوا المحقرات من الذنوب فإنّها لا تغفر، قلت: و ما المحقرات؟ قال: الرجل يذنب الذنب فيقول: طوبى لى ان لم يكن لى غير ذلك» «۴».

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۸: ۲۹۱.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۵.

(۳) المصدر نفسه: ۱۱، الباب ۴۳ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳: ۲۴۵.

(۴) المصدر نفسه: ۱۱، الباب ۴۳ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱: ۲۴۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۸

بالاستغفار، و الأوّل أشبه.

و فى صحيحة أبى بصير قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: لا و اللّه لا يقبل اللّه شيئا من طاعته على الإصرار على شيء من معاصيه» «۱».

و فى رواية عبد اللّه بن سنان عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «لا صغيرة مع الإصرار و لا كبيرة مع الاستغفار» «۲».

بل ظاهر خبر جابر عن أبى جعفر- عليه السلام- انّ الإصرار يتحقّق إن يذنب الذنب و لا يتوب، فإنّه روى عن أبى جعفر- عليه السلام- فى قول اللّه عزّ و جلّ وَ لَمْ يُصِرُّوا عَلىٰ مٰا فَعَلُوا وَ هُمْ يَعْلَمُونَ قال: «الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر اللّه و لا يحدث نفسه بالتوبة فذلك الإصرار» «۳».

و الحاصل، انّ المنسوب إلى المشهور، قديما و حديثا انّ العدالة لا تنقطع بارتكاب الصغيرة بلا إصرار و تنقطع معه، و قيل: بانقطاعها مع عدم تداركها بالتوبة.

و ذكر الماتن- قدّس سرّه- إنّ ما عليه المشهور هو الأشبه، و ذكر فى وجهه:

انّه لو كان ارتكابها قادحا لكان أمر الاشهاد بالدعوى و اقامة البينة أمرا حرجيّا، لعدم انفكاك الشخص عن ارتكاب الصغيرة أحيانا إلّا فيما يقلّ من حال أو زمان، و عن ابن إدريس قدحها فى العدالة و تدارك بالتوبة كالكبيرة.

و ردّه فى الجواهر بأنّ إحراز التوبة يحتاج إلى زمان طويل، و نقل عن العلّامة بأنّ من شرط التوبة قصد عدم العود أبدا و لا يتحقق هذا القصد من الإنسان غالبا، و فى صحيحة ابن أبى يعفور اقتصر على اجتناب الكبائر فى بيان

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱: ۲۶۸.

(۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۸ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۳: ۲۶۸.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۲۶۸، و الآية فى آل عمران: ۱۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۴۹

....

العدالة «۱».

أقول: كما ذكرنا ظاهر عدالة الشخص استقامته فى دينه بالعمل بوظائفه و تركه المحذورات- يعنى المحرمات-، و تقسيم المعاصى بالكبيرة و الصغيرة لا يرجع إلى أمر العدالة بل يرجع إلى مسألة و عد العفو بلا توبة بالإضافة إلى الجزاء بالعقاب، و لو فرض العلم بأنّ الشخص يرتكب فى غالب أحواله أو بعضها الصغيرة، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته مع احتمال تداركها بالتوبة، حيث انّ حسن الظاهر طريق إلى عدالته فمجرّد احتمال توبته مع حسن الظاهر كاف فى قبول شهادته و لا يحتاج إحراز عدالته إلى مضى زمان طويل.

و أمّا ما ذكره العلّامة- قدّس سرّه- من عدم تحقق التوبة غالبا لدخالة قصد عدم العود، فلا يمكن المساعدة عليه، فإنّ التوبة عن ذنب تتحقق بالبناء فعلا واقعا على عدم العود، و عدم العلم بالعود مستقبلا لا ينافى البناء الفعلى، و لا يتوقف على العلم بعدم العود، و ما ذكر فى صحيحة ابن أبى يعفور غير ظاهر فى اعتبار الملكة المعروفة كما ذكرنا.

و الحاصل إذا كانت العدالة هى الاستقامة فى الدين كما هو ظاهر العدل فى دينه، فالمعصية و لو بارتكاب أىّ محرّم يوجب ارتفاعها و تعود بالتوبة عنه، فإنّ الارتكاب ميل عن الاستقامة و التوبة رجوع إليها.

نعم، لو كانت العدالة الملكة الباعثة على ملازمة التقوى، من ترك المحرمات و فعل الواجبات، فلا يقدح فيها مجرّد ارتكاب كبيرة أحيانا، حيث انّ الملكة تجتمع مع ذلك الارتكاب.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۰

....

و على الجملة، تقسيم المعاصى إلى الكبيرة و الصغيرة، بالإضافة إلى كون الاجتناب عن الأولى مكفّرة عن الثانية مع عدم الإصرار، لا بالإضافة إلى عدم القدح فى العدالة.

لا- يقال: الالتزام بوجوب التوبة فى مطلق المعاصى و انّ المكلّف بها يرجع إلى الاستقامة، يناسب كون وجوبها مولويا، و أمّا إذا كان وجوبها إرشاديا و للتخلص من العقاب المحتمل المترتب على العصيان، يتعيّن الالتزام بعدم قدح الصغيرة بلا إصرار بعدالة الشخص فيما كان مجتنبا عن الكبيرة و غير مصرّ على الصغيرة، و ظاهر ما ورد فى لزوم التوبة عن المعاصى و الذنوب كون وجوبها إرشاديا، كما هو مقتضى أنّ جعل التوبة بابا من مقتضى رحمته على عباده، و ظاهر ما ورد فيه: انّ العبد إذا لم يتب يكتب عليه بعد الإمهال السيئة التى ارتكبها لا سيئتين.

و فى صحيحة عبد الصمد بن بشير عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «العبد المؤمن إذا أذنب ذنبا أجّله اللّه سبع ساعات، فإن استغفر اللّه لم يكتب عليه شى‌ء، و إن مضت الساعات و لم يستغفر كتب عليه سيئة «۱».

و فى موثقة مسعدة بن صدقة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- عن أبيه: «ما من مؤمن يذنب ذنبا إلّا أجّله اللّه سبع ساعات من النهار، فإن تاب لم يكتب عليه شى‌ء و إن هو لم يفعل كتب عليه سيئة» «۲».

و على ذلك، فمع عدم كتابة الذنب لكون مرتكبه مجتنبا عن الكبائر و غير مصرّ على الصغائر، فلا يكون عليه توبة.

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۸۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۵: ۳۵۲.

(۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۸۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۶: ۳۵۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۱

....

فإنّه يقال: نعم، التوبة كما ذكر، و ظاهر بعض الروايات إنّ وجوبها إرشادى، و لكن هذا لا ينافى ان تجب على مكلّف يكون مجتنبا عن الكبيرة و الإصرار على الصغيرة، لأنّ النفس لا تدرى ما ذا تكسب غدا، فلعلّه ابتلى بكبيرة و لم يوفق بالتوبة عنها، و يلزم فى إحراز كونه عدلا فى دينه التوبة من صغيرة ارتكبها، كما هو ظاهر الأمر بالتوبة من الذنوب و الاستغفار عنها و إن كل ذنب عظيم.

ثمّ إنّ ظاهر صحيحة عبد العظيم الحسنى «۱» و غيرها ممّا ورد فى تعيين الكبائر، أنّها معاصى مخصوصة و قد وعد اللّه سبحانه فى كتابه العزيز العفو عن عقوبة غيرها مع الاجتناب عنها و ترك الإصرار على غيرها.

و فى صحيحة محمد بن أبى عمير المروى فى كتاب التوحيد قال: «سمعت موسى بن جعفر- عليه السلام- يقول: من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر- إلى أن قال:- قال النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: لا كبير مع الاستغفار و لا صغير مع الإصرار «۲».

و ظاهر الإصرار على الصغيرة الاستمرار عليها من غير أن يرتدع، و ما فى رواية جابر «۳» هو، أن يذنب فلا يستغفر اللّه و لا يحدث نفسه بالتوبة الصادق مع عدم تكرارها، لا يمكن الالتزام به، لضعفها سندا و لاستلزامه عدم الفرق بين الصغيرة و الكبيرة، و مع الغمض عن السند يحمل على عدم الارتداع بعد التكرار.

---

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۲: ۲۵۲.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۴۷ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۱۱: ۲۶۶.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۸۵ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۴: ۲۶۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۲

و ربّما توهّم واهم: أنّ الصغائر لا تطلق على الذنب إلّا مع الإحباط (۱)، و هذا بالإعراض عنه حقيق، فإن إطلاقها بالنسبة و لكل فريق اصطلاح.

---

(۱) و فى مقابل القول بتقسيم المعاصى إلى الكبائر و الصغائر، قول بأنّ كل المعاصى كبيرة و إطلاق الصغيرة على بعضها بالإضافة إلى بعضها الآخر بحسب الوزر، و قول ثالث بأنّ إطلاق الصغيرة على معصية مبنى على الإحباط، فكل معصية أحبطتها الطاعة فهى صغيرة و كل طاعة أحبطها المعصية فهى كبيرة، و لا يخفى ما فى كل من القولين لمخالفتهما لظاهر الآية و الروايات.

نعم، فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- الواردة فى القنوت فى صلاة الوتر: و استغفر لذنبك العظيم، ثمّ قال: و كل ذنب عظيم».

لكنها لا تنافى الآية و لا سائر الروايات، لأنّ تقسيم المعاصى إلى الكبيرة و الصغيرة بالإضافة إلى العفو عن عقوبتها الأخروية بنحو الوعد، بمعنى انّ من مضى من الدار الغرور و ليس عليه وزر الكبيرة و وزر الإصرار على الصغائر من المؤمنين، و عدهم اللّه سبحانه عفوه عن أوزار سائر معاصيه.

و أمّا بالإضافة إلى لزوم الاستغفار بعد الذنب فلا صغيرة، بل على الإنسان أن يرتدع و يتوب إلى بارئه ففى مقام الاستغفار كل ذنب عظيم كما مرّ.

بقى أمر، و هو: ان العفو عن أوزار الصغائر مع عدم الكبيرة و مع عدم الإصرار بنحو الوعد، و أمّا العفو عن الكبائر و الإصرار على الصغائر بلا توبة فهو أمر يرجى و لا ييأس من روح اللّه و غفرانه و تقع الشفاعة من أولياء اللّه من الأنبياء و الرسل و الأوصياء و الشهداء و الصالحين، و فى مقدمتهم نبينا الأكرم- صلوات اللّه و سلامه عليه- و أهل بيته المعصومين- صلوات اللّه و سلامه عليهم أجمعين إلى أبد الآبدين- اللّهمّ اجعلنا ممّن ينال رحمتك و شفاعتهم، آمين يا ربّ العالمين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۳

و لا يقدح فى العدالة ترك المندوبات، و لو أصرّ مضربا عن الجميع، ما لم يبلغ حدّا يؤذن بالتهاون بالسنن (۱).

و ما ذكر من العفو فى الكبائر و لكن لا بنحو الوعد لا يجرى فى معصية الشرك و الكفر، فإنّ اللّه سبحانه لا يغفر للمشرك و الكافر إلّا أن يتوب، قال عزّ من قائل إِنَّ اللّهَ لا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَ يَغْفِرُ ما دُونَ ذلِكَ لِمَنْ يَشاءُ* «۱».

(۱) العدالة سواء قيل بأنّها الاستقامة فى أمر الدين و عدم الانحراف عن الوظائف الشرعية، أو بملكة الاجتناب عن المحرمات و الإتيان بالواجبات، لا تنافى ترك المستحبات و فعل المكروهات، لثبوت الترخيص حتى فيما كان بنحو الاستمرار و الإصرار.

و قد قيّد ذلك فى كلمات جملة من الأصحاب بعدم البلوغ مرتبة التهاون، و فى التقييد شيء من التأمّل، فإنّه إن كان المراد التهاون العملى بمعنى عدم الاعتناء بامتثالها، فقد ذكرنا أنّه لا ينافيها، و إن كان بمعنى الاستخفاف، نظير ما ورد فى الاستخفاف بالصلاة فهو عبارة أخرى عن التهاون العملى.

نعم، لو تضمن الاستخفاف نوع اعتراض و إنكار للأمر بتلك الأفعال أو النهى بالمكروهات، فهو أمر آخر، أعاذنا اللّه من شرور النفس و آفات الغرور.

ثمّ إنّه قد ذكر بعض الأصحاب إنّ ترك المروة قادح بالعدالة، و لم يتعرض الماتن- قدّس سرّه- لذلك، و لعلّه لعدم كونه قادحا عنده، و قد يفسّر المروة أن يسير الإنسان فى الناس بسيرة أمثاله من رعاية الأدب و الرسوم و الاجتناب عمّا يشين عندهم، و كأنّ العدالة يعتبر فيها مضافا إلى ما تقدم ان لا يجعل الإنسان

---

(۱) النساء: ۱۱۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۴

[و هنا مسائل]

اشارة

و هنا مسائل:

[الأولى: كل مخالف فى شيء من أصول العقائد تردّ شهادته]

الأولى: كل مخالف فى شيء من أصول العقائد تردّ شهادته، سواء

نفسه بحيث يسخر و يضحك أو يشمئز منه.

و لكن لا يخفى انّ الاعتبار ما لم يكن فى البين عنوان محرّم ينطبق على تركها لا دليل عليه.

نعم، قد ورد فى بعض الأخبار الحث على المروة، و لكن المراد منها غير ما ذكر فى المقام، حيث انّ ظاهرها فيها حسن المعاشرة مع الناس.

و قد ورد فى موثقة سماعة: «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن كملت مروته و ظهرت عدالته» «۱»، فإنّ ظاهرها أنّ نفس ما ذكره فيها مروة و كاشف عن عدالة الشخص.

و قد استدل فى الجواهر على اعتبار المروة بالمعنى المتقدم بفحوى ما ورد فى ردّ شهادة السائل بكفّه، و ان تارك المروة يدخل فى

الظنين، الوارد فى صحيحة عبد اللّه ابن سنان و غيرها «۲» ردّ شهادته و شهادة المتهم.

أقول: الفحوى غير تام، فإنّ السائل الذى تردّ شهادته بلا خلاف ظاهر، من اتخذ السؤال حرفة كما هو المنصرف إليه من إطلاق السائل بالكف، و يقتضيه ما ورد فى صحيحة محمد بن مسلم من قوله- عليه السلام-: «أنّه لا يؤمن على الشهادة لأنّه إن أعطى رضى و ان منع سخط» «۳»، فيدخل هو فى الظنين، و لا يجرى ذلك فى ترك المروة، و لا يدخل تاركها فى الظنين.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۵: ۲۹۲.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۳۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۸۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۵

استند فى ذلك إلى التقليد أو إلى الاجتهاد (۱)، و لا ترد شهادة المخالف فى الفروع من معتقدى الحق، إذا لم يخالف الإجماع، و لا يفسق و إن كان مخطئا فى اجتهاده.

---

(۱) ذكروا انّ المخالف فى الاعتقاديات المعبّر عنها بالأصول لا يعذر فلا تقبل شهادته، و لكن المخالفة فى الفروع مع الاعتقاد بالحق لا تقدح فى العدالة فى غير المسلّمات أو موارد الإجماع.

قال فى المسالك ما حاصله: إنّ المراد بالمخالفة فى الأصول المخالفة فى التوحيد و العدل و النبوّة و الإمامة و المعاد، و أمّا فروعها من المعانى و الأحوال و غيرهما من فروع علم الكلام فلا تكون المخالفة فيها موجبة للقدح فى العدالة، فإنّ تلك المسائل ظنية و الاختلاف فيها بين علماء فرقة واحدة كثير، و قد عدّ بعض العلماء جملة ممّا وقع الخلاف فيها بين السيد و شيخه المفيد- قدّس سرّهما- فبلغ نحوا من مائة مسألة، و أمّا المخالفة فى الفروع فهى لا تقدح فى العدالة لأنّها مسائل اجتهادية تبتنى على الأدلّة الظنية، فما دام لم تكن المخالفة فيها من مخالفة إجماع المسلمين أو إجماع الإمامية بحيث يعلم من المجمع عليه قول المعصوم- عليه السلام- لتكون المخالفة ردّا لهم، لا تقدح فى العدالة.

أقول: فى كلّ ممّا ذكره فى الأصول و الفروع ما لا يخفى، فإن طرح ظهور الآية و إخراجها على خلافه بالتأويل و الرأى بلا شاهد معتبر تفسير لها بالرأى، فيكون قادحة فى عدالته للنهى، سواء تعلق الآية بالأصول أو بغيرها، و كذا طرح الروايات المعتبرة بالاستحسان و القياس و الفتوى على طبقهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۶

[الثانية: لا تقبل شهادة القاذف (۱)، و لو تاب قبلت]

الثانية: لا تقبل شهادة القاذف (۱)، و لو تاب قبلت، و حدّ التوبة ان يكذّب

---

(۱) لا تقبل شهادة القاذف فيما إذا لم يثبت ما رمى الغير به بالبينة أو إقرار المقذوف أو باللعان، بلا خلاف معروف أو منقول، يقول اللّه سبحانه وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَداءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمانِينَ جَلْدَةً وَ لا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهادَةً أَبَداً وَ أُولئِكَ هُمُ الْفاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تابُوا مِنْ بَعْدِ ذلِكَ وَ أَصْلَحُوا فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ «۱»، و المراد من المحصنات غير المشهورات بالزنا، فإنّ مقتضى الآية و غيرها من الروايات أنّ مع عدم ثبوت ما رمى الغير به يكون عمله افتراء محرّما، فلا تقبل شهادته إلّا إذا تاب و أصلح، كما فى

ذيل الآية، و فى بعض الروايات حتى إذا تاب و علم منه خير.

و فى صحيحة أبى الصباح الكنانى قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن القاذف بعد ما يقام عليه الحد ما توبته؟ قال: يكذب نفسه، قلت: أ رأيت إن أكذب نفسه و تاب أتقبل شهادته؟ قال: نعم» «۲».

و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: ليس يصيب أحد حدا فيقام عليه ثمّ يتوب إلّا جازت شهادته» «۳».

و فى صحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن المحدود إذا تاب أتقبل شهادته؟ فقال: إذا تاب، و توبته أن يرجع ممّا قال و يكذب نفسه عند الإمام و عند المسلمين، فإذا فعل فإنّ على الإمام أن يقبل شهادته بعد ذلك» «۴».

و فى معتبرة القاسم بن سليمان قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن الرجل يقذف الرجل فيجلد حدّا ثمّ يتوب و لا يعلم منه إلّا خير، أ تجوز شهادته؟

---

(۱) النور: ۵- ۴.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۲.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۸۲.

(۴) المصدر نفسه: الباب ۳۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۷

نفسه، و إن كان صادقا و يورّى باطنا، و قيل: يكذبها إن كان كاذبا و يخطئها فى الملاء إن كان صادقا، و الأوّل مروىّ، و فى اشتراط إصلاح العمل زيادة عن التوبة تردّد، و الأقرب الاكتفاء بالاستمرار، لأنّ بقائه على التوبة إصلاح و لو ساعة، و لو أقام بينة بالقذف أو صدّقه المقذوف فلا حدّ عليه و لا ردّ.

قال: نعم، ما يقال عندكم؟ قلت: يقولون توبته فيما بينه و بين اللّه و لا تقبل شهادة أبدا، فقال: بئس ما قالوا، كان أبى يقول: إذا تاب و لم يعلم منه إلّا خير جازت شهادته» «۱».

و بهذا يظهر الحال فى معتبرة السكونى عن جعفر، عن أبيه، عن على قال:

«ليس أحد يصيب حدا فيقام عليه ثمّ يتوب إلّا جازت شهادته إلّا القاذف، فإنّه لا تقبل شهادته انّ توبته فيما كان بينه و بين اللّه تعالى» «۲»، فانّ هذه تحمل على التقية، و التوبة المزبورة فى نفسها إصلاح و مع استمرارها لا يحتاج فى قبول شهادته إلى أمر آخر بقرينة المعتبرة.

ثمّ إنّ التوبة فى القذف كما هو ظاهر صحيحة عبد اللّه بن سنان إكذاب نفسه عند الإمام و عند المسلمين، و اعتبار إكذاب نفسه عند الإمام ظاهره لثبوت فسقه عنده، سواء أجرى عليه الحدّ أم لا، فلا يعتبر مع عدم الثبوت عنده و لو لعدم مطالبة المقذوف بحقّه، فيكفى الإكذاب عند أناس سمعوا منه القذف أو بلغهم القذف.

و يكفى أيضا فى الإكذاب أن يقصد الكذب فى الآية الشريفة، بأن يقول:

كذبت، و أراد الكذب فيها.

و ما قيل من أنّه مع كذبه واقعا يقول: كذبت، و مع صدقه يقول: أنا خاطئ لا أعود إلى ما قلت، لا يمكن المساعدة عليه. بل فيه نوع اعادة للقذف، كما لا يخفى.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۸۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۸

[الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام]

الثالثة: اللعب بآلات القمار كلها حرام (۱)، كالشطرنج و النرد و الأربعة عشر و غير ذلك، سواء قصد اللهو أو الحذق أو القمار.

---

(۱) المشهور بين الأصحاب حرمة اللعب بآلات القمار و لو لم يكن اللعب بنحو القمار، بأن لا يكون فى البين رهان و يكون اللعب لمجرد اللهو المعبّر عنه فى لغة الفرس ب (خوشى و سرگرمى)، أو يكون اللعب بلا رهان للحذق و تقوية الفكر، و يستدل على ذلك بإطلاق النهى عن اللعب، و فى معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «نهى رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عن اللعب بالشطرنج و النرد» «۱».

و فى صحيحة حماد بن عيسى قال: «دخل رجل من البصريين على أبى الحسن الأوّل- عليه السلام- فقال له: جعلت فداك إنى أقعد مع قوم يلعبون بالشطرنج و لست ألعب بها و لكن أنظر فقال: ما لك و لمجلس لا ينظر اللّه إلى أهله» «۲».

فإنّ مقتضى الإطلاق فى المعتبرة و ترك الاستفصال فى الصحيحة عن الرهان و عدمه حرمة اللعب بهما.

و فى صحيحة معمر بن خلّاد عن أبى الحسن- عليه السلام- قال: «النرد و الشطرنج و أربعة عشر بمنزلة واحدة، و كل ما قومر عليه فهو ميسر» «۳».

و فى موثقة مسعدة بن زياد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- أنّه سئل عن

---

(۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۹: ۲۳۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۰۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۴۰.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱۰۴ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۴۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۵۹

[الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته]

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يک جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۴۵۹

الرابعة: شارب المسكر تردّ شهادته (۱) و يفسق، خمرا كان أو نبيذا أو تبعا أو منصفا أو فضيخا، و لو شرب منه قطرة، و كذا الفقاع، و كذا العصير إذا غلى من نفسه أو بالنار و لو لم يسكر، إلّا أن يغلى حتى يذهب ثلثاه، و أمّا غير العصير من التمر أو البسر فالأصل أنّه حلال ما لم يسكر، و لا بأس باتخاذ الخمر للتخليل.

الشطرنج فقال: «دعوا المجوسية لأهلها لعنها اللّه» «۱».

و من البعيد جدا أن يسأل مسعدة عن القمار بالشطرنج أو بغيرها، و على الجملة دعوى الانصراف فى النهى إلى صورة الرهان فى اللعب بلا وجه، بل لا يحتمل ذلك فى بعضها و لو موهوما.

نعم، يمكن دعوى أنّ النهى مع عدم الرهان بنحو الكراهة لا التحريم، و فى صحيحة على بن رئاب قال: «دخلت على أبى عبد اللّه- عليه السلام- فقلت له:

جعلت فداك ما تقول فى الشطرنج؟ قال: المقلّب لها كالمقلب لحم الخنزير، قلت:

ما على من قلّب لحم الخنزير؟ قال: يغسل يده» «۲»، فيمكن أن يدعى ظاهر هذه عدم حرمة مجرّد اللعب و اللعب به كاللعب بلحم الخنزير، و لكنّه لا يخلو عن تأمّل.

(۱) فإنّ شارب المسكر محكوم بالفسق و لا تقبل شهادة الفاسق، و كذا الأمر فى شارب الفقاع و العصير بعد غليانه بالنار أو بغيره ما لم يذهب ثلثاه و بقى ثلثه.

---

(۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۲ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۷: ۲۳۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۰۳ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۳: ۲۴۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۰

[الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله و تردّ شهادته]

الخامسة: مدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب يفسق فاعله (۱) و تردّ شهادته، و كذا مستمعه، سواء استعمل فى شعر أو قرآن، و لا بأس بالحداء به، و يحرم من الشعر ما تضمن كذبا أو هجاء مؤمن أو تشبيبا بامرأة معروفة غير محلّلة له، و ما عداه مباح، و الإكثار منه مكروه.

[السادسة: الزمر و العود و الصنج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام]

السادسة: الزمر و العود و الصنج، و غير ذلك من آلات اللهو حرام (۲) يفسق

---

(۱) ظاهر كلامه- قدّس سرّه- إنّ الغناء من الكبائر و كذا الاستماع إليه، فيكون فاعله و مستمعه محكوما عليه بالفسق بمجرّد الارتكاب، كما أنّ ظاهر كلامه أنّ الغناء اسم لكيفية الصوت فى القراءة و تأدية الكلام، و تلك الكيفية مدّ الصوت بحيث يشتمل على الترجيع و ترديده فى الحلق، بحيث يكون ذلك المدّ بذلك الترجيع مطربا، أى مقتضيا لحالة للنفس يعبّر عنها بطرب النفس، و خفّتها، كما يجدها الإنسان فى نفسه بشدة الحزن أو الفرح.

و حيث إنّ حصول تلك الحالة خصوصا فى المستمع لا تكون بمجرّد الكيفية المزبورة، بل يعتبر فى حصولها حسن الصوت و نحوه، فيكون المراد كون تلك الكيفية مقتضيا للطرب، فإنّه لا يحتمل أن يكون حسن الصوت و نحوه دخيلا فى صدق الغناء.

و قد تكلّمنا فى المسألة فى المكاسب المحرمة من إرشاد الطالب بما فيه كفاية، فليراجع.

(۲) ذكر- قدّس سرّه- انّ استعمال آلات اللهو فى اللهو حرام يفسق فاعله و مستمعه، و هو كالغناء من المعاصى الكبيرة، و قد نفى الخلاف عن حرمة كل من استعمالها و الاستماع إليه.

و يدلّ عليه معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: قال

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۱

فاعله و مستمعه، و يكره الدف فى الاملاك و الختان خاصة.

رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «أنهاكم عن الزفن و المزمار و عن الكوبات و الكبرات» «۱»، و فى موثقة إسحاق بن جرير قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: انّ شيطانا يقال له القفنذر إذا ضرب فى منزل رجل أربعين صباحا بالبربط و دخل الرجال وضع ذلك الشيطان كل عضو منه على مثله من صاحب البيت ثمّ نفخ فيه نفخة فلا يغار بعدها حتى تؤتى نساؤه فلا يغار» «۲».

إلى غير ذلك من الروايات الكثيرة المؤيدة للحرمة لضعف إسنادها، إن لم يدعى الوثوق بصدور بعضها عن المعصوم لكثرتها، أو يلحق بما يعتمد عليها هذا بالإضافة إلى الاستعمال.

و أمّا بالإضافة إلى الاستماع، ففى موثقة مسعدة بن زياد قال: «كنت عند أبى عبد اللّه- عليه السلام- فقال له رجل: بأبى أنت و أمى إنى أدخل كنيفا و لى جيران عندهم جوار يتغنّين و يضربن بالعود، فربّما أطلت الجلوس استماعا منى لهنّ، فقال: لا تفعل- إلى أن قال:- قم فاغتسل و صلّ ما بدا لك فإنّك كنت مقيما على أمر عظيم ما كان أسوأ حالك لو متّ على ذلك احمد اللّه و سله التوبة من كلّ ما يكره فإنّه لا يكره إلّا كلّ قبيح و القبيح دعه لأهله فإنّ لكلّ أهلا».

و ما ذكر- قدّس سرّه- من الاستثناء فى الأملاك و الختان لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا موجب لرفع اليد عن ما دلّ على حرمة كلّ من الاستعمال و الاستماع.

نعم، قد وقع الاستثناء بالإضافة إلى الغناء فى الأعراس، و بالإضافة إلى الحداء كلام ذكرناه فى إرشاد الطالب، و العجب من الماتن كره الدف فى الأملاك يعنى العرس و الختان مع عدم دليل على التخصيص إلّا فى الغناء كما مرّ.

---

(۱) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۰ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۶: ۲۳۳.

(۲) الوسائل: ۱۲، الباب ۱۰۰ من أبواب ما يكتسب به، الحديث ۱: ۲۳۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۲

[السابعة: الحسد معصية، و كذا بغضه المؤمن]

السابعة: الحسد معصية (۱)، و كذا بغضه المؤمن، و التظاهر بذلك قادح فى العدالة.

[الثامنة: لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختيارا محرم]

الثامنة: لبس الحرير للرجال فى غير الحرب اختيارا محرم (۲) تردّ به الشهادة، و فى التكأة عليه و الافتراش له تردد، و الجواز مروى، و كذا يحرم التختّم بالذهب و التحلّى به للرجال.

[التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس]

التاسعة: اتخاذ الحمام للأنس، و إنفاذ الكتب ليس بحرام، و ان اتخذها للفرحة و التطيّر فهو مكروه، و الرهان عليها قمار.

---

(۱) فی صحیحة أبی بصیر عن أبی عبد اللّه– علیه السلام– قال: «أصول الکفر ثلاثة: الحرص و الاستکبار و الحسد» «۱»، و فی صحیحة محمد بن مسلم: «ان الحسد لیأکل الایمان کما تأکل النار الحطب» «۲».

و فی معتبرة حمزة بن حمران عن أبی عبد اللّه– علیه السلام–: «ثلاثة لم ینج منها نبی فمن دونه: التفکر فی الوسوسة فی الخلق و الطیرة و الحسد، إلّا أنّ المؤمن لا یستعمل حسده» «۳».

و علی الجملة: استعمال الحسد بإظهاره ببغض المؤمن و إیذائه و إهانته و غیر ذلک محرّم قادح فی العدالة، کما هو مقتضی ما ورد فی ذلک من الروایات الکثیرة المتفرقة فی أبواب جهاد النفس و العشرة.

(۲) علی ما ذکر التفصیل فی بحث لباس المصلی.

---

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۱۲: ۲۹۴.

(۲) الوسائل: ۱۱، الباب ۵۵ من أبواب جهاد النفس، الحدیث ۱: ۲۹۴.

(۳) المصدر نفسه: الحدیث ۸: ۲۹۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۳

[العاشرة: لا تردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المكروهة]

العاشرة: لا تردّ شهادة أحد من أرباب الصنائع المکروهة (۱)، کالصیاغة و بیع الرقیق، و لا- من أرباب الصنائع الدنیّة کالحیاکة و الحجامة، و لو بلغت فی الدناءة، کالزبال و الوقاد، لأنّ الوثوق بشهادته مستند إلی تقواه.

---

(۱) لإطلاق ما دلّ علی قبول شهادة العدل و الأمر بالاستشهاد به، فانّ الاشتغال و التکسّب بالصناعات المکروهة لا ینافی العدالة، و مثله الاشتغال بالصنائع الدنیّة کالزبال و الوقاد، و دعوی منافاتها للمروة مطلقا أو فی بعض الناس لا یمکن المساعدة علیها، لعدم اعتبار عدم ارتکاب خلاف المروة فی العدالة علی ما تقدم، مع انّ الاشتغال بما هو دنی عند الناس بحسب الکسب لا یعتبر من خلافها.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۴

[الخامس: ارتفاع التهمة]

اشارة

الخامس: ارتفاع التهمة (۱).

[و يتحقّق المقصود ببيان مسائل]

اشارة

و يتحقّق المقصود ببيان مسائل:

---

(۱) يعتبر فى سماع الشهادة ارتفاع التهمة فى شهادة الشاهد، و الظاهر عدم الخلاف فى الاشتراط فى الجملة، و حيث إنّ مجرّد عود النفع إلى الشاهد بوجه لا يوجب ردّ شهادته مطلقا تعرض الماتن- قدّس سرّه- للموارد التى تكون التهمة موجبة لعدم السماع.

و عدّ منها شهادة الشريك فيما هو شريك فيه، كما إذا ادّعى أحد الشريكين على آخر أنّه قد اشترى منه العين الفلانية و أقام شريكه شاهدا بشرائه، و يشهد لذلك روايات، منها: موثقة سماعة قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال:

المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد و التابع و المتهم، كلّ هؤلاء تردّ شهاداتهم» «۱».

و ظاهرها كون الشريك قسيما للمتهم، و لم يقيّد عدم قبول شهادة الشريك فيما فيه الشركة، و يمكن أن يدعى انصرافها إلى ذلك، نظير عدم قبول شهادة العبد فإنّ شهادته لمولاه لا تقبل، و لكن إثبات الانصراف مشكل.

و على فرض الإطلاق يرفع اليد عن إطلاقه بما رواه الصدوق- قدّس سرّه- فى الصحيح عن أبان- يعنى أبان بن عثمان- قال: سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال: تجوز شهادته إلّا فى شىء له فيه نصيب» «۲»، قد رواه الشيخ «۳»- قدّس سرّه- عن أبان عمّن أخبره عن أبى عبد اللّه

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۲، الفقيه ۳: ۴۴۰.

(۳) التهذيب ۶: ۲۴۶، الاستبصار ۳: ۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۵

[الأولى: لا تقبل شهادة من يجرّ بشهادته نفعا]

الأولى: لا تقبل شهادة من يجرّ بشهادته نفعا:

- عليه السلام-، إلّا أنّه لا يضر الإرسال بحسب نقله، حيث يمكن تعدد سماع أبان، بأن سمع الحكم من الإمام- عليه السلام- و قبله عمّن رواه عنه- عليه السلام-، و نظير ذلك غير عزيز.

و على ذلك كما يرفع اليد برواية أبان عن إطلاق ما ورد فى عدم قبول شهادة الشريك لشريكه كذلك يرفع اليد عن إطلاق ما دلّ على سماع شهادة الشريك لشريكه، كمعتبرة عبد الرحمن- يعنى عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه- قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن ثلاثة شركاء ادّعى واحد و شهد الاثنان، قال: يجوز» «۱»، و لكن فى رواية الكلينى عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن ثلاثة شركاء شهد اثنان عن واحد قال: لا تجوز شهادتهما» «۲».

و ربّما يقال: انّ الراوى عن عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه فى كلا السندين أبان ابن عثمان، و مع تعارض النقلين لا يعلم أنّ رواية عبد الرحمن ما رواه الكلينى أو الشيخ- قدّس سرّهما.

أقول: إجمال هذين النقلين لا يضرّ بالحكم السابق لعدم ثبوت المعارض لصحيحة أبان المروية فى الفقيه، مع أنّه يحتمل ثبوت كلا

النقلين عن عبـد الرحمن لتعـدّد سـماعه عن الإمـام- عليه السـلام-، و نظيره أيضـا فى رواياتنا موجود، و معه يرفع اليـد عن إطلاق كل منهما بقرينة صحيحة أبان.

ثمّ إنّه قد يستدل على عدم قبول شهادة الشريک لشريکه فيما هو

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۷۲، التهذيب ۶: ۲۴۶، الاستبصار ۳: ۱۵.

(۲) الكافى ۷: ۳۹۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۶

كالشريک فيما هو شريک فيه. و صاحب الدين إذا شهد للمحجور

شريک فيه و غيره ممّن يأتى ذكرهم بروايات:

منهـا: صـحيحة عبـد اللّه بن سـنان قـال: «قلت لأبى عبـد اللّه- عليه السـلام- ما يردّ من الشـهود؟ قال: فقال: الظنين و المتهم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال:

ذلک يدخل فى الظنين» «۱».

و منها: صـحيحة عبيد اللّه بن على الحلبى قال: «سـئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عمّا يردّ من الشهود، فقال: الظنين و المتهم و الخصم، قال: قلت: فالفاسق و الخائن؟ فقال: هذا يدخل فى الظنين» «۲».

و صحيحة أبى بصير قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- ما يردّ من الشهود؟

فقال: المتهم و الظنين و الخصم» «۳».

بـدعوى أنّ المراد بالظنين المتهم فى دينه، بقرينة إدخال الخائن و الفاسق فيه، فيكون المراد بالمتهم فى الواقعة المرفوعة إلى القاضـى، كالشـريک فى شـهادته فيما هو شريک فيه، و عطف الخصم على المتهم من قبيل عطف الخاص على العام، حيث إنّه يدخل أيضا فى المتهم فى الواقعة، و على الجملة انّ عطف المتهم على الظنين أو بالعكس ليس من عطف التفسير، و لذا ذكر- سلام اللّه عليه- دخول الفاسق و الخائن فى الظنين لا فى المتهم و الظنين.

أقول: يمكن أن يكون المراد بالظنين المتهم فى دينه، و لـذا يـدخل فيه الفاسق و الخائن، و المراد بالمتهم المتهم فى قوله، و لذا يجعل الخصم قسيما له كالشريک، و قد ذكر المتهم فى مقابل المريب فى موثقة سماعة المتقدمة، و على الجملة لم يحرز مع عدل الشريک دخوله فى المتهم و إنّما يحرز دخوله فى الخصم.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۷۴.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۷

عليه (۱)، و السيد لعبده المأذون (۲)، و الوصى فيما هو وصىّ فيه.

(۱) إذا ادّعى المدين المحجور عليه على الغير مالا، سواءا كان ذلک المال عينا بيد الغير أم دينا بعهدته، و أقام المدّعى المحجور عليه من ديّانه شاهدا أو شاهدين بدعواه على ذلک الغير، فلا تسمع شهادة الديان و إن كان الشاهد منهم عدلا، و الوجه فى عدم السماع انّ

الديان فى الفرض يحسبون من خصوم المدعى عليه لتعلّق حقّهم بأموال المحجور عليه.

نعم، إذا لم يكن المـدين محجورا عليه و ادّعى على آخر المال، سواءا كان عينا أم دينا فلا بأس بأن يقيم المـدين دائنه شاهدا بدعواه، فإنّه تقبل شهادته بدعواه، حتى إذا كان المدين معسرا، فإنّ الدائن فى الفرض لا يتعلّق حقّه بمال المدين و إنّما يكون له المطالبة بدينه لا بالمال الـذى يـدّعى المدين على الغير حتى فى صورة إعساره، و على الجملة فلا يدخل الدائن فى عنوان الخصم فى دعوى المدين على الغير حتى لا تقبل شهادته.

(۲) و الوجه فى عدم السماع أنّ مال العبد لمولاه أو انّ للمولى الولاية فى ماله، فيكون مولاه خصما فى دعواه على الغير.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فى شهادة الوصى فيما هو وصى فيه، فإنّ الوصى فى الفرض يدّعى ثبوت حق الوصاية له فى ذلك المال.

و فى صـحيحة محمد بن يحيى قال: «كتب محمد بن الحسن- يعنى الصـفّار- إلى أبى محمد- عليه السـلام-: هل تقبل شـهادة الوصى للميت بدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين» «۱».

فإنّه لو كانت شهادة الوصى مسموعة لم تكن حاجة إلى يمين المدعى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۸

....

نعم، قـد ورد فى الصـحيحة بعد ذلك: «و كتب أ يجوز للوصـى أن يشـهد لوارث الميت صـغيرا أو كبيرا و هو القابض للصـغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقّع- عليه السلام-: نعم و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهادة» «۱».

و لذا يقال أنّه لو لم تكن شـهادة الوصـى مسموعة فلا موجب لأمره بالشهادة و نهيه عن تركـ أدائها، فيكون المراد باليمين فى صدرها اليمين الاسـتظهارى حيث يقوم بهـا المـدعى اسـتحبابا مع إقـامته البيّنـة بـدعواه، كما ورد فى وصايا علىّ- عليه السـلام- لشـريح، هـذا بالإضافة إلى الشهادة للميت.

و أمّا إذا شهد الوصى على الميت فتسمع شهادته كما ورد فى ذيل الصحيحة:

«و كتب: أو تقبل شـهادة الوصى على الميت مع شاهد آخر عدل؟ فوقّع: نعم من بعد يمين» «۲»، و قد تقدم أنّ اليمين فى الدعوى على الميت لازم على المدعى مع إقامته البيّنة.

و لا يقاس هذا باليمين الواردة فى صدرها، فإنّ الواردة فى صدرها بناء على قبول شهادة الوصى استحبابى و بناء على عدم قبولها يثبت بها الدعوى منضما إلى شهادة الواحد.

و على الجملـة الاسـتدلال بما فى صـدرها من الأمر بضم اليمين على عـدم قبول شـهادة الوصـى، ينافيه ما ورد فيها بعد ذلك من الأمر على الوصى بالشهادة للورثة الّذين فيهم الصغار و الوصى المزبور هو القابض لهم.

و يمكن دعوى أنّ الأمر بالشـهادة و النهى عن الكتمان لا ينافى عـدم قبولها، خصوصا بأنّ التعبير وقع بلفظ ينبغى، الظاهر فى التجويز و الترغيب.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۳.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۶۹

....

و ذكر فى الجواهر انّه يمكن أن يقال بقبول شهادة الوصى للميت أيضا فيما كان المدعى بعض ورثته، فإنّ المدعى به و هو المال للميت و ليس للوصى نصيب فيه و انّما يتعلّق به حق الوصاية بعد ثبوته، و اليمين الواردة فى الصدر لا يدل على عدم اعتبار شهادته لينافى ما ورد فيها بعد ذلك، فإنّها يمين استظهارية مستحبة مع ثبوت الدعوى بالبينة، أو يمكن أن يكون مدعى عليه للورثة ميتا، فيكون على الوارث المدعى مع إقامة البيّنة ضم اليمين، فلا يدخل الوصى فى الخصم فى دعوى الوارث على شخص آخر، أو كان الأوصياء للميت متعددين و ادّعى أحدهم على الآخر و شهد بدعواه الوصى الآخر، و نظير ذلك شهادة الوكيل لدعوى موكّله المال الذى على تقدير ثبوته يكون فيه للوكيل الوكالة، فإنّ ثبوت المال بشهادة الوكيل لا يخلو من وجه، نعم، فى الموارد التى يعدّ الوصى أو الوكيل فيها مدعيا أيضا فى الواقعة لا تقبل شهادتهما، كما أنّه ينبغى الجزم بقبول شهادة الوصى فيما إذا شهد بما لا يرجع إلى ولايته، كما لو شهد للوارث بحق الشفعة و نحوه، و كذا فى شهادة الوكيل بما لا يرجع إلى مورد وكالته.

أقول: إذا كانت المكاتبة بصدرها ظاهرة فى عدم قبول شهادة الوصى، كما هو مقتضى اعتبار اليمين مع شهادته و شهادة عدل آخر، و انّ ما بعدها منافية لما فى صدرها، تكون المكاتبة مجملة، فيرجع فى عدم قبول شهادة الوصى أو الوكيل فيما لهما حق الوصاية و الوكالة إلى ما ورد من عدم قبول شهادة الخصم، فإنّ دعوى أنّهما ليسا من الخصم فى الدعوى كما ترى، و إذا لم تكن شهادتهما فيما لهما حق الوصاية و الوكالة يرجع إلى إطلاق ما دلّ على قبول شهادة العدل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۰

و كذا لا تقبل شهادة من يستدفع بشهادته ضررا (۱)، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية، و كذا شهادة الوكيل و الوصى بجرح شهود المدعى على الموصى و الموكّل.

---

(۱) لا تقبل شهادة من يدفع بشهادته الغرم عن نفسه، كشهادة أحد العاقلة بجرح شهود الجناية التى ديتها على العاقلة، و نظير ذلك شهادة الوصى أو الوكيل بجرح شهود المدعى على الموصى و الموكّل، فإنّ الوصى و الوكيل يعدّ فى الدعوى على الموصى و الموكل من الخصم.

ثمّ إنّه قد يقال من الشهادة التى لا تقبل أن يشهد الوارث بعد ما وقعت الجناية على مورّثه، بأنّ فلانا جرحه، سواء كانت الشهادة بعد موت مورثه أو قبل موته، و لكن لم تندمل الجراحة و يحتمل سرايتها عادة، فإنّ الشاهد فى الفرض مدّع لنفسه القصاص أو الدّية فيدخل فى الخصم، و هذا فيما إذا لم يستوعب دين المورث تركته ان قلنا بتعلّق حق الديّان بأعيان التركة.

و أمّا لو شهد الوارث بمال لمورّثه المجروح و لو بجراحة سارية عادة، أو للمورث المريض الذى يعلم موته، فإن لم يمت قبل الحكم فشهادته مسموعة، و الفرق بين هذا و سابقه هو أنّ الشهادة فى الأوّل كانت من الادّعاء لنفسه بخلافها فى الثانى، فإنّه يشهد بالمال لمورثه فتقبل.

أقول: فى كلا الأمرين تأمّل، فإنّ الشهادة فى الأوّل أيضا بالإضافة إلى الدية من الشهادة بمال الميت، حيث انّ الدية كما هو ظاهر الروايات من تركة الميت تسلّم كسائر ماله من الديون إلى ورثته، فمع كون المدعى على الغير هو المجنىّ عليه فلا بأس بسماع شهادة الوارث قبل موته بأنّ فلانا جرحه، هذا بالإضافة إلى الأوّل.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۱

[الثانية: العداوة الدينيّة لا تمنع القبول]

الثانیة: العداوة الدینیّة لا تمنع القبول، فإنّ المسلم تقبل شهادته علی الکافر، و أمّا الدنیویة فإنّها تمنع (۱)، سواء تضمّنت فسقا أو لم تتضمن،

و أمّا بالإضافة إلی الثانی، فالظاهر سماع شهادة الوارث حتی فیما إذا مات المورث قبل الحکم، فإنّ مدرک القضاء هو الشهادة التی وقعت، و هی حال وقوعها کانت واجدة لملاک القضاء بها، نظیر ما إذا شهد العدلان ثمّ خرجا عن وصف العدالة قبل الحکم أو ماتا قبله فجأة، و رجوع الشاهدین قبل الحکم عن شهادتهما مسألة أخری قد وردت فیها الروایات فیؤخذ فیها بما یستفاد منها.

و ممّا تقدم یظهر الوجه فی عدم سماع شهادة الوکیل أو الوصی فی جرح شهود المدعی علی الموصی و الموکل، فإنّ الوصی أو الوکیل فی الواقعة المرفوعة المدعی علیه فلا وجه لسماع شهادتهما فی دفع الدعوی عنهما، لدخولهما فی الخصم علی ما تقدم.

(۱) العداوة الدینیة لا تمنع عن قبول الشهادة، حیث تسمع شهادة المسلم علی الکافر و شهادة المؤمن علی المخالف.

و أمّا العداوة الدنیویة فالمعروف أنّها تمنع عن قبولها بلا خلاف بل ادّعی علیه الإجماع، و المصرّح به فی کلام جماعة کالماتن- قدّس سرّه- عدم الفرق بین کونها موجبة للفسق أم لا، و لذا یقال أنّها تمنع عن الشهادة علی من یکون بینه و بین الشاهد عداوة و لا تمنع عن الشهادة له، و علی ذلک ینبغی الکلام فی مقامین:

المقام الأوّل: فی وجه منع العداوة الدنیویة عن قبول الشهادة مع عدم کونها موجبة للفسق:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۲

و تتحقق العداوة بأن یعلم من حال أحدهما السرور بمساءة الآخر و المساءة بسروره،

و یستدلّ علی ذلک بدخول الشاهد معها فی عنوان الخصم، الذی قد ورد فی بعض الروایات المتقدّمة عدم قبول شهادته، فإنّه کما قیل: انّ المراد منه العدو.

و لکن لا- یخفی ما فیه، فإنّ الخصم فی المقام من یکون طرفا فی المخاصمة استقلالا أو تبعا، و لو لم یکن هذا معناه الظاهر فلا أقل من احتماله.

و یستدل أیضا بالمروی فی معانی الأخبار قال: «قال النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: لا تجوز شهادة خائن و لا خائنة و لا ذی غمز علی أخیه» «۱»، قال الصدوق- قدّس سرّه-:

الغمز الشحناء و العداوة «۲».

و بمعتبرة السکونی عن الصادق جعفر بن محمد عن أبیه عن آبائه- علیهم السلام- قال: «لا تقبل شهادة ذی شحناء أو ذی مخزیة فی الدین» «۳».

و ربّما یقال: انّ الکلینی روی عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن النوفلی عن السکونی عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- قال: «انّ أمیر المؤمنین- علیه السلام- کان لا یقبل شهادة فحّاش و لا ذی مخزیة فی الدین» «۴»، و من البعید جدّا أن یکون للسکونی روایتان قد سمعهما عن أبی عبد اللّه- علیه السلام-، بل الظاهر أنّهما روایة واحدة، و لا یعلم أنّ ما رواه السکونی ما فی روایة الصدوق أو ما فی روایة الکلینی،

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۸: ۲۷۹.

(۲) معانی الأخبار: ۲۰۸.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۷۹.

(۴) الكافى ۷: ۳۵۶، الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۳

أو يقع بينهما تقاذف، و كذا لو شهد بعض الرفقاء لبعض على القاطع

و معه لا يمكن أن يحكم بعدم سماع الشهادة مع العداوة الدنيوية غير الموجبة للفسق.

أقول: مجرّد ورود ذى مخزية فى الدين فى كلا النقلين لا يدلّ على أنّهما رواية واحدة، و ظاهر النقلين وقوعهما عن السكونى، و عليه فلا بأس بالالتزام بكون تلك العداوة مانعة عن قبول الشهادة، و رواية معانى الأخبار لإرسالها صالحة للتأييد فقط.

المقام الثانى: فى المراد من العداوة الدنيوية، و قد ذكر الماتن فى بيانها أن يسرّ أحدهما بإصابة الآخر بالسوء أو يقع بينهما تقاذف.

و قد يقال: انّه لو كان المراد بالعداوة ما ذكر لكانت موجبة للفسق لحرمة الحسد و بغض المؤمن و قذفه.

و لكن لا- يخفى ما فيه، فإنّ مجرّد السرور لا- يمنع عن العدالة و لا يكون إظهارا للحسد، كما إذا كان المشهود عليه يؤذى الشاهد العدل دوما و لذا يسرّ الشاهد اصابته بالمصيبة، و ظاهر معتبرة السكونى و معانى الأخبار ثبوت الوصف فى الشاهد و أنّه تمنع عن قبول شهادته و إظهار سروره أيضا فى مثل ما ذكر فضلا عن سروره الباطنى لا يمنع العدالة.

فلا وجه للالتزام بأنّ ثبوت العداوة فى المدعى عليه أيضا يمنع عن قبول شهادة الشاهد عليه و ان لم تكن فى نفس الشاهد عداوة، و انّه على ذلك يصحّ لكلّ مدعى عليه أن يظهر عداوته بالإضافة إلى الشاهد عليه بسبّه و قذفه لتسقط شهادته عليه عن الاعتبار.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۴

عليهم الطريق، لتحقق التهمة (۱)، و أمّا لو شهد العدو لعدوّه قبلت لانتفاء التهمة.

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه-: انّه لا تسمع شهادة بعض رفقة الطريق للبعض الآخر على قاطع الطريق عليهم، بأن شهدا أنّهم أخذوا من فلان كذا، أو قالا أنّهم أخذوا منّا كذا و منهم كذا، و يقال فى وجه عدم قبول شهادتهم بأنّ قطع الطريق عليهم يوجب العداوة بين القطّاع و بينهم.

و يدلّ عليه أيضا رواية محمّد بن الصلت قال: «سألت أبا الحسن الرضا- عليه السلام- عن رفقة كانوا فى طريق فقطع عليهم الطريق و أخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلّا بإقرار من اللصوص أو شهادة من غيرهم عليهم» «۱». و لكن الرواية ضعيفة سندا.

و لا بأس بالالتزام بسماع شهادتهم بالإضافة إلى الأخذ من الآخرين، كشهادة بعض الديان لبعض آخر فى دعواهم على المدين، و ما تقدّم فى مانعية العداوة الدنيوية لا يوجب عدم سماع شهادة بعض الرفقة فى الفرض، حيث إنّ ظاهر ما تقدم العداوة غير الناشئة عن تعدى المشهود عليه فى نفس الواقعة المرفوعة إلى الحاكم كما لا يخفى، كما أنّ ظاهره شهادة ذى الشحناء بمقتضى مناسبة الحكم و الموضوع الشهادة عليه، فلا يعمّ ما إذا كانت شهادته له.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۷ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۷۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۵

[الثالثة: النسب و ان قرب لا يمنع قبول الشهادة]

الثالثة: النسب و ان قرب لا يمنع قبول الشهادة (۱)، كالأب لولده و عليه، و الولد لوالده، و الأخ لأخيه و عليه، و فى قبول شهادة الولد على والده خلاف و المنع

---

(۱) لا خلاف فى أنّ النسب و القرابة بين الشاهد و المشهود له أو عليه لا يمنع عن قبول شهادته، سواءا كان النسب قريبا أم بعيدا، فتسمع شهادة الوالد لولده أو عليه، و شهادة الأخ لأخيه أو عليه.

و يشهد لذلك مضافا إلى أنّه مقتضى الآية المباركة و ما ورد من الإطلاق فى قبول شهادة العدل، الروايات الخاصة كصحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «تجوز شهادة الولد لوالده و الوالد لولده و الأخ لأخيه» «۱».

و صحيحته الأخرى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن شهادة الوالد لولده و الولد لوالده و الأخ لأخيه قال تجوز «۲».

و موثقة سماعة قال: سألته عن شهادة الوالد لولده و الولد لوالده و الأخ لأخيه قال: نعم» «۳»، إلى غير ذلك.

و هذه الروايات و ان كانت واردة فى الشهادة له إلّا أنّها تدلّ على قبولها على القريب بالأولوية، نظير ما تقدم فى شهادة ذى الشحناء.

و المشهور كما قيل التزموا بعدم سماع شهادة الولد على والده و يستدل على ذلك بمرسلة الفقيه، قال: «و فى خبر آخر: لا تقبل شهادة الولد على والده» «۴»، و يضاف إليها ما فى الكتاب العزيز وَ صٰاحِبْهُمٰا فِي الدُّنْيٰا مَعْرُوفاً «۵»، بدعوى أنّ ردّ قول الولد و تكذيبه لا يدخل فى المعاشرة بالمعروف بل هو عقوق يمنع

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۰.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۰.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۷۰.

(۴) الفقيه ۳: ۴۲.

(۵) لقمان: ۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۶

أظهر، سواء شهد بمال، أو بحق متعلّق ببدنه، كالقصاص و الحدّ.

عن قبول الشهادة و المحكى عن المرتضى و الإسكافى قبول شهادته على والده، و عن العلامة فى التحرير التردّد فى القبول، و عن الشهيد اختيار القبول لضعف الرواية.

و دعوى انجبارها بالشهرة لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ الشهرة غير محققة، و على تقديرها فيمكن أن يكون استناد بعضهم أو جلّهم إلى ما ذكر من كون الشهادة على الوالد عقوقا و لا يكون من مصاحبتهما بالمعروف.

و هذا الوجه أيضا ضعيف، فإنّ أداء الشهادة قيام بالعدل و تركها كتمان للشهادة للّه، يقول اللّه سبحانه كُونُوا قَوّٰامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدٰاءَ لِلّٰهِ وَ لَوْ عَلىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ «۱»، و لا تكون الشهادة على الوالد عقوقا بل هو إحسان إليه و تصدى لتخلّصه من حقوق الناس فلا تكون منافية لعدل الولد.

أضف إلى ذلك رواية داود بن الحصين قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد، و لا تقيموها على الأخ فى الدين الضير، قلت: و ما الضير؟ قال: إذا تعدى فيه صاحب الحق الذى يدّعيه قبله خلاف ما أمر اللّه به و رسوله، و مثل ذلك أن يكون لآخر على آخر دين و هو معسر، و قد أمر اللّه بإنظاره حتى ييسر، فقال تعالى فَنَظِرَةٌ إِلىٰ مَيْسَرَةٍ «۲» و يسألك أن

تقيم الشهادة و أنت تعرفه بالعسر، فلا يحلّ لك أن تقيم الشهادة فى حال

---

(۱) النساء: ۱۳۵.

(۲) البقرة: ۲۸۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۷

و كذا تقبل شهادة الزوج لزوجها، و الزوجة لزوجها (۱) مع غيرها من أهل العدالة، و منهم من شرط فى الزوج الضميمة كالزوجة، و لا وجه له، و لعل الفرق إنّما هو لاختصاص الزوج بمزيد القوة فى المزاج من أن تجذبه دواعى الرغبة، و الفائدة تظهر لو شهد فيما يقبل فيه شهادة الواحد مع اليمين.

العسر» «۱».

و لا يبعد اعتبار الرواية سندا، فإنّ ذبيان بن حكيم الأودى، على ما يظهر من ترجمة أخيه أحمد، من المعاريف و المشاهير من الرواة، حيث عرف أحمد بن يحيى ابن حكيم بأنّه أخ ذبيان بن حكيم الأودى، و لا موجب لحملها على الشهادة بعد الموت، بقرينة الأمر بالمصاحبة بالمعروف، مع أنّ مقتضاه عدم قبول شهادة الولد على والدته أيضا.

ثمّ إنّه نسب إلى الشيخ- قدّس سرّه- أنّه يعتبر فى قبول الشهادة مع النسب القريب انضمام شاهد أجنبى، و يستدلّ على ذلك بمعتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه- عليهما السلام-: «انّ شهادة الأخ لأخيه تجوز إذا كان مرضيا و معه شاهد آخر» «۲».

و لكن لا يخفى بأنّ مدلولها عدم كفاية الشاهد الواحد فى ثبوت الدعوى، فيعتبر انضمام شاهد آخر، سواءا كان الآخر قريبا كالولد و العم أم أجنبيا، نعم يرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى دعوى المال.

(۱) تقبل شهادة الزوج لزوجته و الزوجة لزوجها بلا خلاف ظاهر، و فى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۵۰.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۷۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۸

و تظهر الفائدة فى الزوجة لو شهدت لزوجها فى الوصية، و تقبل شهادة

صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال: تجوز شهادة الرجل لامرأته و المرأة لزوجها إذا كان معها غيرها» «۱».

و صحيحة عمّار بن مروان قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- أو قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل يشهد لامرأته، قال: إذا كان خيرا (نسخة: آخر) جازت شهادته معه لامرأته» «۲»، و كلمة معه قرينة على أنّ الصحيح إذا كان آخر.

و فى موثقة سماعة قال: «سألته عن شهادة الرجل لامرأته، قال: نعم، و المرأة لزوجها؟ قال: لا، إلّا أن يكون معها غيرها» «۳».

و عن جماعة من القدماء اعتبار انضمام الآخر إلى شهادة الزوج لزوجته، كما هو الحال فى قبول شهادة الزوجة لزوجها، و عن جماعة التفرقة بين شهادة الزوج فلا يعتبر الانضمام و شهادة الزوجة فيعتبر الانضمام، كما هو ظاهر الماتن- قدّس سرّه.

و استظهروا التفرقة من صحيحة الحلبى و موثقة سماعة، و فى عبارة الماتن انّ الفرق لاحتمال انّ للزوج قوة مزاج تمنعه دواعى الرغبة لزوجته مع عدله ان لا يذكر الحق، بخلاف الزوجة، فإنّه ليس لها القوة بهذه المرتبة حتى مع عدلها.

و لكن الأظهر عدم الفرق بين الزوج و الزوجة فيما يثبت بشهادة الرجال

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۶۹.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۶۹.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۶۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۷۹

الصديق لصديقه و ان تأكدت بينهما الصحبة و الملاطفة، لأنّ العدالة تمنع التسامح.

و بشهادة النساء، و انّ الاكتفاء بشهادة الزوج من غير انضمام إنّما هو فی شهادته بالمال لها، و أمّا فی الشهادة بغیره ممّا يعتبر فيه البيّنة فيعتبر الانضمام، و لعلّ ما فی صحيحة عمّار بن مروان ناظر إلى جميع الدعاوى و الصحيحة و الموثقة إلى دعوى المال، و هذا بخلاف شهادة الزوجة، فإنّ شهادة المرأة الواحدة بلا انضمام امرأة أخرى لا يثبت شيئا إلّا فی شهادتها بالوصية بالمال، حيث يثبت بشهادتها منفردة ربع المال، كما يأتی.

و أمّا ما ذكره الماتن فی وجه الفرق فهو كما ترى.

ثمّ إنّ الروايات فی المقام و فيما تقدم من شهادة الأب و الولد و الأخ، كلّها ناظرة إلى الشهادة للآخر، غير ما ذكرنا فی شهادة الولد على والده، فإن تمّ ما ذكرنا فی شهادة القريب نسبا، من أنّ تجويز الشهادة و سماعها للمشهود له بالفحوى يدلّ على السماع فی المشهود عليه فهو، و إلّا يؤخذ فی سماع شهادة القريب على القريب و فی شهادة كل من الزوج و الزوجة على الآخر بالإطلاق الدال على اعتبار شهادة العدل، و ذكر سماع الشهادة للآخر لا يقتضی التقييد فی الإطلاق المزبور، لكون الشهادة من القريب أو الزوج أو الزوجة من قبيل الشهادة للآخر غالبا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۰

[الرابعة: لا تقبل شهادة السائل فی كفّه]

الرابعة: لا تقبل شهادة السائل فی كفّه (۱)، لأنّه يسخط إذا منع، و لأنّ ذلک

---

(۱) لا تقبل شهادة السائل بكفّه، و يشهد له صحيحة علی بن جعفر عن أخيه أبی الحسن موسى- عليه السلام- قال: «سألته عن السائل الذی يسأل بكفّه هل تقبل شهادته؟ فقال: كان أبی لا يقبل شهادته إذا سأل فی كفّه» «۱».

و موثقة محمد بن مسلم عن أبی جعفر- عليه السلام- قال: «ردّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم شهادة السائل الذی يسأل فی كفّه، قال أبو جعفر- عليه السلام-: لأنّه لا يؤمن على الشهادة، و ذلک لأنّه إن أعطى رضی و ان منع سخط» «۲».

و ظاهر هذه إنّ الوصف الغالبی للسائلين بكفّهم الموجب لعدم الوثوق بشهادتهم هو الموجب لعدم اعتبار الشارع شهادة السائل بالكف حتى فيما كان سائل بكفّه على خلاف الوصف المزبور، و ظاهر السائل بالكفّ من يتصدّى السؤال لأخذ المال بنفسه، بحيث يكون هذا النحو من السؤال حرفة له، يأخذ كل ما يعطى و لو بمال قليل، فلا يعم من يسأل و يأخذ المال بالواسطة أو يرسل المال إليه أو يسأل اتفاقا لضرورة تطرأ، من غير أن يصير السؤال حرفة له.

و فی المسالک تبعا للتحرير و الدروس انّه فی حكم السائل بالكف الطفيلی، و المراد به من يحضر الطعام من غير دعوة. و لكن فی الإلحاق تأمّل بل منع، لعدم صدق عنوان السائل بالكفّ عليه، و ما ورد فی موثقة محمّد بن مسلم مع كونه من قبيل الحكمة كما ذكرنا

لا يجرى فى الطفيلى ثمّ إنّه قد ذكر فى الجواهر: أنّ ظاهر ما ورد فى عدم قبول شهادة السائل بكفّه انّ السؤال بالكف غير محرّم فضلا عن السؤال بغيرها، فإنّه لو كان السؤال بالكفّ فى نفسه محرّما لذكر- سلام اللّه عليه- فى

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۱.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۸۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۱

يأذن بمهانة النفس، فلا يؤمن على المال، و لو كان ذلك مع الضرورة نادرا لم يقدح فى شهادته.

تعليل عدم سماع شهادته أنّه فاسق.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ السؤال عند ضرورة السائل غير محرّم، فيحمل فعل المسلم على الصحّة، فبمجرّد سؤال شخص بالكفّ مع إمكان كونه لضرورة لا- يحكم بفسقه، و على ذلك فالسائل بكفّه و إن كان على ظاهر العدالة إلّا أنّه لا تقبل شهادته لما تقدم من بعض الروايات، و إذا لم نقل بحرمة السؤال و لو من غير ضرورة فالسؤال بالكف لا ينافى العدالة الواقعية، حتى فيما إذا ذكر أو أحرز أنّه غنى لا يحتاج فعلا إلى المال الذى يسأل به الناس، و لكن مع ذلك لا تقبل شهادته.

و لكن المغروس فى الأذهان حرمة السؤال فى هذا الفرض، و النصوص الواردة فى النهى عن سؤال الناس مستفيضة، و لكن أكثرها محمولة على مراتب الأولياء، و هو الغناء عن الناس و الالتجاء إلى ربّ العالمين و يعمّ بعضها النهى عن مثل السؤال عن بعض جلسائه الماء لشربه، و بعضها محمولة على صورة التدليس بإظهار الحاجة و الفقر ليحصل بالمال من الناس، عكس الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من تعفّفهم، و أمّا حرمة مجرّد السؤال من حيث كونه سؤالا فلم يظهر عليه دليل و لا يحضرنى كلام منقح فيه للأصحاب. انتهى.

أقول: السؤال من غير ضرورة و إن يكون عملا- مذموما حتى فيما إذا لم يكن من قبيل السؤال بالمال، إلّا أنّه لا دليل على حرمته حتّى فيما إذا كان بصورة التدليس فيما إذا لم يتضمن الكذب أو محرّما آخر، و الثابت من الارتكاز هو المذمومية دون الحرمة، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۲

[الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف]

الخامسة: تقبل شهادة الأجير و الضيف، و ان كان لهما ميل إلى المشهود له (۱)، لكن يرفع التهمة تمسّكهما بالأمانة.

(۱) المشهور إنّه تقبل شهادة الأجير و الضيف مع عدلهما للمستأجر و المضيف، و قيل: انّه و لو كان لهما ميل قلبى بالإضافة إلى المشهود لهما إلّا أنّ الاتهام عنهما فى شهادتهما يرتفع بتمسّكها بالأمانة فى الشهادة التى من لوازم العدالة أو تدخل فيها.

نعم، نسب المنع عن قبول شهادة الأجير للمستأجر إلى جماعة من المتقدمين و المتأخرين، فيما إذا كانت شهادته قبل مفارقة مستأجره و يدلّ على السماع بالإضافة إلى شهادة الضيف.

مضافا إلى الإطلاق فيما دلّ على اعتبار شهادة العدل، موثقة أبى بصير عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفا صائنا قال و يكره شهادة الأجير لصاحبه، و لا بأس بشهادته لغيره، و لا بأس به له بعد مفارقته» «۱».

و أمّا الأجير فالأظهر عدم قبول شهادته لمستأجره ما دام أجيرا له و لم يفارقه، أخذا بظاهر الموثقة، فإنّ الكراهة فيها بمعنى عدم النفوذ،

حيث لا معنى للكراهة المصطلحة فى أداء الشهادة، فإنّ مع الاعتبار يجب الأخذ بها و وجب عليه أدائها و مع عدم اعتبارها لا يجوز القضاء بها، و حملها على تحمل الشهادة خلاف ظاهر الموثقة.

و فى صحيحة صفوان عن أبى الحسن- عليه السلام- قال: «سألته عن رجل أشهد أجيره على شهادة ثم فارقه، أ تجوز شهادته له بعد أن فارقه؟ قال: نعم،

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۳

[لواحق هذا الباب و هى ستة]

اشارة

لواحق هذا الباب و هى ستة:

[الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن]

الأولى: الصغير و الكافر و الفاسق المعلن، إذا عرفوا شيئا ثم زال المانع عنهم فأقاموا تلك الشهادة قبلت لاستكمال شرائط القبول (۱)، و لو أقامها أحدهم فى

و كذلك العبد إذا أعتق جازت شهادته» «۱»، و تنظيره شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره بشهادة العبد بعد عتقه، ظاهره عدم نفوذ الشهادة ما دام لم يفارق المستأجر.

و يشهد لذلك أيضا موثقة سماعة الواردة فيمن لا تقبل شهادتهم حيث عدّ منهم الأجير، فيرفع اليد عن إطلاقها بالموثقة و الصحيحة الدالتين على قبول شهادة الأجير بعد مفارقة مستأجره، و كما يدل الموثقة على قبول شهادته لغير مستأجره قبل المفارقة و بعدها، و ظاهر الأجير ما يعمّ الأجير على عمل لا خصوص ما يؤجر جميع أعماله و ظاهر المفارقة انتهاء أمد الإجارة.

نعم، يمكن أن يكون المراد بالتابع الذى ورد مع الأجير فى موثقة سماعة فيمن تردّ شهادتهم شاملا للأجير بالإضافة إلى جميع منافعه، كما يدخل فيه من يدخل فى عائلة الإنسان بتبرع جميع أعماله له، فيؤخذ بظاهرها فى كل من الأجير و التابع بعد تقييد الأوّل بما قبل مفارقته، ثمّ إنّ ما تقدم لا يعمّ شهادة المستأجر لموجره فيؤخذ فى شهادته بالإطلاق الوارد فى اعتبار شهادة العدل.

(۱) ذكر- قدّس سرّه- انّ ما تقدم من شروط الشاهد و الأوصاف المعتبرة فيه معتبرة فى الشاهد فى أداء شهادته، فلا تقبل الشهادة بدونها فى مقام الأداء، و أمّا عند تحمّلها فلا يعتبر فى المتحمّل شيء منها، فلو تحمل الصبى الشهادة و كان

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۴

حال المانع فردّت ثمّ أعادها بعد زوال المانع قبلت. و كذا العبد لو ردّت شهادته

فى مقام أدائها بالغا جامعا للشرائط تقبل شهادته، و كذلك الكافر و الفاسق المحرز فسقه، كل ذلك لظهور ما دلّ على ردّ الشهادة و عدم قبولها فى كون الشاهد فى مقام الأداء و الاستناد فى القضاء عند شهادته ممن ذكر.

أضف إلى ذلك ما ورد فى خصوص الصبى و الكافر و العبد و الأجير، و فى صحيحة محمد بن مسلم: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الذمّى و العبد يشهدان على شهادة ثمّ يسلم الذمّى و يعتق العبد، أ تجوز شهادتهما على ما كانا اشهدا عليه؟ قال: نعم إذا علم منهما بعد ذلك خير جازت شهادتهما» «۱».

و ربّما يقال: إنّه ينافى ذلك صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن نصرانى اشهد على شهادة ثمّ أسلم بعد، أ تجوز شهادته؟ قال:

لا» «۲».

و لكن لا يخفى انّ مقتضى الجمع بينها و بين مثل صحيحة محمد بن مسلم، حمل الأولى بما إذا لم يكن يعلم منه خيرا بأن لم يثبت عدله، كما هو مقتضى الجمع بين الإطلاق و التقييد فى سائر المقامات، و أمّا آية الأمر بالاستشهاد من ذوى العدل، فذكر العدل فى الشاهدين عند التحمّل لا لإحراز وجود المثبت لمقام الأداء، بل لما تقدم من أنّ تحمل الشاهدين العدلين شرط فى صحّة الطلاق، نعم الأمر كما ذكر فى آية الوصية.

و ذكر أيضا- قدّس سرّه- أنّه لو شهد الشاهد مع فقد الشرط فردّت شهادته ثمّ أعاد تلك الشهادة بعد زوال المانع تقبل شهادته، كما إذا أوقف المدّعى دعواه فيما إذا لم يتمكّن على إثباتها لردّ شهادة بعض شهوده ثمّ أعادها ثانيا و شهد له

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۸۵.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۹ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۸۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۵

على مولاه ثمّ أعادها بعد عتقه، أو الولد على أبيه فردّت ثمّ مات الأب و أعادها،

من كان فاقدا لشرط القبول فى شهادته أوّلا، كل ذلك أيضا لما دلّ على نفوذ القضاء بالبيّنة أو بشاهد و يمين.

و على ذلك، فلو شهد العبد على مولاه أو الولد على والده، بناء على عدم قبول شهادتهما، ثمّ أعتق العبد أو مات الأب و شهدا على مولاه أو على أبيه فتقبل شهادتهما، و إن كانت مسبوقة بالردّ، و مقتضى الإطلاق فى بعض الكلمات عدم الفرق فى عدم قبول شهادة العبد بين أن تكون شهادته على مولاه أو له، و على هذا القول أيضا ربّما يقال بسماع شهادته بعد عتقه حتّى إذا كان الداعى إلى عتقه قبول شهادته بعده.

و لكن يظهر من معتبرة السكونى أنّه إذا ردّت شهادة العبد قبل عتقه فلا تقبل تلك الشهادة منه بعد عتقه، و انّ العتق لغرض سماع شهادته لا يوجب قبول شهادته.

فإنّه روى عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه- عليهم السلام-: «إنّ شهادة الصبيان إذا شهدوا و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها، و كذلك اليهود و النصارى إذا أسلموا جازت شهادتهم، و العبد إذا أشهد على شهادة ثمّ أعتق جازت شهادته إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، و قال- عليه السلام-: إن أعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته» «۱».

قال الصدوق- قدّس سرّه- بعد نقل الحديث: قال مصنف هذا الكتاب:

أمّا قوله- عليه السلام-: إذا لم يردّها الحاكم قبل أن يعتق، فإنّه يعنى به أن يردّها لفسق ظاهر أو حال يجرح عدالته، لا لأنّه عبد، لأنّ

شهادة العبد جائزة و أوّل من ردّ

(۱) الفقيه ۳: ۴۵، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۳: ۲۵۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۶

و أمّا الفاسق المستتر إذا أقام فردّت ثمّ تاب و أعادها، فهنا تهمة الحرص على دفع الشبهة عنه، لاهتمامه بإصلاح الظاهر، لكن الأشبه القبول.

شهادة المملوك عمر، و أمّا قوله- عليه السلام-: ان أعتق العبد لموضع الشهادة لم تجز شهادته، كأنّه يعنى إذا كان شاهدا لسيده، فأمّا إذا كان شاهدا لغير سيده جازت شهادته عبدا كان أو معتقا إذا كان عدلا «۱».

فظاهر كلامه- قدّس سرّه- التزامه بأنّ شهادة العبد لمولاه غير نافذة حتى إذا أعتق لتلك الغاية، و ما ذكر فى تفسير إذا لم يردها الحاكم، خلاف ظاهر المعتبرة، بل ظاهرها أن ردّ شهادة العبد أوّلا يوجب عدم سماع إعادتها بعد عتقه، و العمل بالمعتبرة فى كلا الموردين متعيّن، إلّا أنّه يأتى إنّ المعتبرة أيضا بالإضافة إلى ما ورد فيها من ردّ شهادة العبد محمولة على التقية.

و ذكر- قدّس سرّه- أيضا أنّ الفاسق المستتر بفسقه إذا ردّت شهادته بالجرح ممّن شهد بباطن أمره ثمّ تاب هذا المستتر، فإن شهد بشهادة أخرى تقبل شهادته بلا اشكال و لا خلاف، و لكن لو أعاد الشهادة السابقة فقد يقال فى إعادتها تهمة، بأنّ الداعى له إلى إصلاح ظاهره اعادة تلك الشهادة ليدفع عن نفسه عار الكذب فى تلك الواقعة، و هذا لا يجرى فى حق الفاسق المتجاهر بفسقه لعدم مبالاته فى ذلك الزمان و لا غضاضة عليه فى ردّ شهادته فى السابق.

و لكن هذا كما ترى لا يوجب رفع اليد عمّا دلّ على اعتبار شهادة العدل و كونها مدرك القضاء.

(۱) الفقيه ۳: ۴۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۷

[الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوک أصلا، و قيل: تقبل مطلقا]

الثانية: قيل: لا تقبل شهادة المملوك أصلا (۱)، و قيل: تقبل مطلقا،

(۱) يقع الكلام فى شهادة المملوك لغير مولاه و على غير مولاه، و فى شهادته لمولاه و عليه.

فإنّه قيل: لا تقبل شهادته مطلقا، و هذا هو المنسوب إلى أكثر العامة، و قيل:

تقبل مطلقا، و قيل: تقبل إلّا على مولاه، و قيل: لا تقبل إلّا على مولاه، و ظاهر الماتن الإشارة إلى ذلك، حيث قال: و منهم من عكس الأمر.

و قبول شهادته إلّا على مولاه هو المنسوب إلى أكثر الأصحاب، منهم الشيخ و المفيد و المرتضى و القاضى و ابن إدريس، و قيل: تقبل شهادته على مثله و على الكافر دون المسلم الحرّ، و ينسب ذلك إلى ابن الجنيد، و منشأ الخلاف اختلاف الأخبار و رعاية بعض الوجوه و سيظهر حالها.

و يدل على قبول شهادة المملوك و عدم كون الرقية مانعة عن قبولها صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد اللّه- عليه

السلام- قال: «قال أمير المؤمنين- عليه السلام-: لا بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا» «۱».

و فى صحيحته الأخرى عن أبى جعفر- عليه السلام- الواردة فى قضية درع طلحة حيث ورد فيها: «ثم أتيتك بقنبر فشهد أنّها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة، فقلت: هذا مملوك و ما بأس بشهادة المملوك إذا كان عدلا» «۲»، و معتبرة بريد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن المملوك تجوز شهادته؟ قال: نعم، انّ أوّل من ردّ شهادة المملوك لفلان» «۳».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۳.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۶: ۱۹۴.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۵۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۸

و قيل: تقبل إلّا على مولاه، و منهم من عكس، و الأشهر القبول إلّا على المولى، و لو

و نحوها معتبرة محمّد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى شهادة المملوك إذا كان عدلا فإنّه جائز الشهادة، إنّ أوّل من ردّ شهادة المملوك عمر بن الخطاب، و ذلك انّه تقدم إليه مملوك فى شهادة، فقال ان أقمت الشّهادة تخوّفت على نفسى، و إن كتمتها أثمت بربّى، فقال: هات شهادتك أما إنّا لا نجيز شهادة مملوك بعدك» «۱».

و هذه الروايات بإطلاقاتها تقتضى كون شهادة المملوك كشهادة الحر، فتقبل إذا كان عدلا.

و التعبير بالمعتبرة فى الأخيرتين لوقوع قاسم بن عروة فى سندهما، و هو و إن لم يوثّق إلّا أنّه من المعاريف الّذين لم يرد فيهم ذم و قدح.

و فى مقابلها ما يدلّ على عدم قبول شهادة المملوك، كموثقة سماعة الواردة فى جملة من لا تقبل شهادتهم، حيث قال: «سألته عمّا يردّ من الشهود، قال:

المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد» «۲»، و صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن شهادة ولد الزنا فقال: لا و لا عبد» «۳».

و دعوى أنّه يمكن الجمع بينها بتقييد الطائفة الثانية بما فى الأولى، من تقييد السماع بما إذا كان المملوك عدلا، و مع المعارضة الترجيح مع الطّائفة الأولى،

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۵۳.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۷۸.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۷۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۸۹

أعتق قبلت شهادته على مولاه، و كذا حكم المدبر و المكاتب المشروط، و أمّا المطلق

لموافقتها لمثل قوله سبحانه وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ «۱»، لا يمكن المساعدة عليها، و أنّه لا بدّ من الإغماض عن الجمع المزبور.

و الوجه فى الإغماض هو ظهور موثقة سماعة فى انّ العناوين الواردة فيها انطباقها على الشخص يمنع عن قبول شهادته، و كما أنّ

الخصم و الشريك و دافع مغرم مع عدلهم لا تقبل شهادتهم، فكذلك العبد و للفاسق من العبد داخل فى المريب، كما تقدم.

و ما ذكر من أنّ ما دلّ على قبول شهادة العبد موافق للكتاب العزيز يناقش فيه، بأنّه قد ورد فى تفسير العسكرى- عليه السلام- عن أمير المؤمنين- عليه السلام- قال: «كنّا عند رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و هو يذاكرنا بقوله سبحانه وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ قال: أحراركم دون عبيدكم» «۲».

و لكن يدفع المناقشة بأنّه لم يثبت كون التفسير المزبور للإمام- عليه السلام- ليؤخذ به، و مع الإغماض فما دلّ على قبول شهادة العبد مخالف لما عليه أكثر العامة أو جلّهم.

و فى البين روايات قد ورد فيها التفصيل فى قبول شهادة العبد، فإن تمّ هذه الروايات و خلت عن المعارض يمكن أن تكون شاهد جمع بين الطائفتين.

منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب، و قال: العبد المملوك لا تجوز

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۵: ۲۵۷.

إذا أدّى من مكاتبته شيئا، قال فى النهاية: تقبل على مولاه بقدر ما تحرر منه، و فيه

شهادته» «۱».

و فى صحيحة جميل قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن المكاتب تجوز شهادته؟ قال: فى القتل وحده» «۲».

و كلّ منهما معارض بما ورد فى قضية درع طلحة، و قد ذكرنا انّ الترجيح مع ما ورد فى قبول شهادته.

و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «تجوز شهادة العبد المسلم على الحرّ المسلم» «۳»، و لكن ذكر فى الوسائل: و فى نسخة لا يجوز.

و فى موثقة ابن أبى يعفور عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن الرجل المملوك المسلم تجوز شهادته لغير مواليه؟ قال: تجوز فى الدّين و الشيء اليسير» «۴».

و لم يعهد العمل بمضمونها من أحد من أصحابنا، و قيل: انّها تناسب أقوال العامّة.

نعم، ظاهرها انّ عدم قبول شهادة العبد لمولاه كان مفروغا عنه عند السائل، و لا يبعد أن يقال: إنّ هذا ينافى ما ورد فى قضية درع طلحة، نعم نسب إلى أكثر أصحابنا التزامهم بعدم سماع شهادة المملوك على مولاه.

و ربّما يقال فى الاستدلال عليه الإجماع الذى ذكره ابن إدريس و حكى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰: ۲۵۶.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۹: ۲۵۶.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۵۶.

(۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۸: ۲۵۶.

تردّد، أقربه المنع.

عن الانتصار و الغنية، و بقياس العبد بالولد، فإنّه كما لا تسمع شهادة الولد على أبيه كذلك شهادة العبد على مولاه، فإنّ وجوب اطاعة العبد مولاه أولى من وجوب اطاعة الوالد على ولده.

و لكن شيئا من الإجماع و الوجه المزبور لا يتم، و قد نسب السماع إلى جماعة، و قياس العبد بالولد مع ما في المقيس عليه كما تقدم سابقا لا يخرج عن القياس الظنّى.

و العمدة في المقام ما ذكر، من أنّ إقرار العبد على نفسه غير مسموع، لأنّه فى الحقيقة إقرار على مولاه، و إذا لم يقبل إقراره على مولاه فلا تقبل شهادته عليه أيضا لعدم المائز بين الإقرار على المولى و الشهادة عليه.

و فيه أيضا، أنّه يعتبر الإقرار على النفس حتى إذا كان المقرّ على نفسه فاسقا، و لذا ورد في بعض الروايات: لا تقبل شهادة الفاسق إلّا على نفسه، و أيضا لا يعتبر في سماع الإقرار و نفوذه عدم كونه تبرّعيا بخلاف الشهادة، فإنّه يعتبر في نفوذها عدل الشاهد و عدم كون شهادته تبرعية بأن تقع بعد المطالبة عند المشهور، و لا منافاة بين عدم نفوذ إقرار العبد فيما كان إقراره على مولاه و قبول شهادته عليه مع وجدان شرائط الشهادة بأن لا يكون من أطراف الدعوى.

و قد يستظهر جواز شهادة العبد على مولاه من صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «فى رجل مات و ترك جارية و مملوكين فورثهما أخ له، فأعتق العبدين و ولدت الجارية غلاما فشهدا بعد العتق إنّ مولاهما كان أشهدهما أنّه كان يقع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۲

....

على الجارية و أنّ الحمل منه، قال: تجوز شهادتهما و يردّان عبدا كما كانا» «۱»، بدعوى انّ الأخ للميت كان مولاهما و قد سمعت شهادتهما عليه.

و فيه: أنّ الشهادة وقعت بعد عتقهما منه، بل قد يقال: ظاهرها عدم قبول شهادة العبد على مولاه، و إنّما يجوز شهادته له حيث فرض أنّ شهادتهما كانت على مولاهما الذى ورثهما فى ظاهر الواقع بعد عتقهما، فيكون التقييد دالا على عدم قبول شهادتهما قبل العتق.

و لكن لا يخفى انّ التقييد وقع فى السؤال و لا دلالة له على عدم السماع قبل العتق، غايته انّ السائل كان معتقدا أو العبدين كانا معتقدين بأنّ شهادتهما لا تسمع إلّا بعد عتقهما مطلقا أو على مولاهما.

بقى فى المقام أمران: أحدهما: أنّه قد تقدم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب» «۲»، و لكن رواها الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد عن صفوان عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أحدهما- عليهما السلام- قال: «تجوز شهادة المملوك من أهل القبلة على أهل الكتاب، و قال: العبد المملوك لا تجوز شهادته» «۳»، و هذا الذيل غير وارد فى رواية الصدوق و فى تكرار قال: على رواية الشيخ، احتمال أنّها من قبيل الجمع بين المرويين فى الرواية، فلا يكون فى صدرها ظهور فى عدم قبول شهادة المملوك من أهل القبلة على المسلمين فإنّه يدخل فى مفهوم اللقب.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۵۵.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۴: ۲۵۴.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۱۰: ۲۵۶، التهذيب ۶: ۲۵۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۳

....

و قد تقدم ما ورد فی قبول شهادهٔ المسلم علی أهل الکتاب، فیکون ما فی صدرها من هذا القبیل، و أمّا ذیلها فمن الروایات الواردهٔ فی عدم قبول شهادهٔ المملوک، فتحمل علی التقیهٔ کما تقدم.

و الثانی: انّه لو قیل بعدم قبول شهادهٔ المملوک مطلقا أو علی مولاه، فقد ذکروا انّه لو أعتق العبد تقبل شهادته و لو علی مولاه من غیر خلاف یعرف، و عن کشف اللثام دعوی الاتفاق علیه، و لأنّه بالعتق یخرج ممّا دل علی عدم قبول شهادهٔ المملوک مطلقا أو علی مولاه، و یدخل فی شهادهٔ العدل.

و قد تقدم فی صحیحهٔ صفوان عن أبی الحسن- علیه السلام-: «سألته عن رجل أشهد أجیره علی شهادهٔ ثم فارقه أ تجوز شهادته له بعد أن یفارقه؟ قال: نعم و کذلک العبد إذا أعتق جازت شهادته» «۱».

و لکن تقدم أیضا فی موثقهٔ السکونی عن جعفر عن أبیه عن علی- علیه السلام-:

«انّ شهادهٔ الصبیان إذا اشهدوا و هم صغار جازت إذا کبروا ما لم ینسوها، و کذلک الیهودی و النصرانی إذا أسلموا جازت شهادتهم، و العبد إذا شهد بشهادهٔ ثم أعتق جازت شهادته إذا لم یردّها الحاکم قبل أن یعتق، و قال علی- علیه السلام- إذا أعتق لموضع الشهادهٔ لم تجز شهادته» «۲».

و بما أنّ هذه أخص، مثل صحیحهٔ صفوان، فلا مجال إلّا لرفع الید عن إطلاق الصحیحهٔ، بحملها علی عدم العتق لغرض سماع شهادته و عدم مسبوقیّهٔ الشهادهٔ المزبورهٔ بالردّ حال رقیّته.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۹ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۷۳.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۳ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱۳: ۲۵۶، التهذیب ۶: ۲۵۰.

أسس القضاء و الشهادهٔ، ص: ۴۹۴

[الثالثهٔ: إذا سمع الإقرار صار شاهدا و ان لم یستدعه المشهود علیه]

الثالثهٔ: إذا سمع الإقرار صار شاهدا و ان لم یستدعه المشهود علیه (۱)، و کذا

---

(۱) لا یعتبر فی سماع الشهادهٔ فی مقام أدائها کون تحمّلها بالاستدعاء و الدعوهٔ إلی التحمل، و لو کان المشهود به من قبیل المسموعات کالإقرار و العقود و الإیقاعات یکفی فی الشهادهٔ بها سماعها، و فیما لو کان من المرئیات کالغصب و السرقهٔ و الجنایهٔ یکفی فی الشهادهٔ بها رؤیتها، حتی لو قیل له: لا تتحمّلها، فإنّه لو تحمّلها و لو بالاختباء فی مکان یسمع کلامهما أو یری فعلهما تسمع شهادته بها، هذا ممّا لا خلاف فیه عندنا، نعم ینسب الخلاف إلی ابن الجنید فی مسألهٔ تحمل الشهادهٔ بالاختباء، و انّه إذا خدع الشاهد المشهود علیه فستر نفسه عنه فلا تسمع شهادته علیه فی مقام الأداء، و لعلّه کما قیل: انّ التحملّ کذلک یکون کالمتبرع بشهادته فی الحرص علی الأداء الموجب للاتهام المانع عن قبول الشهادهٔ.

و لا یخفی ما فیه، فإنّ عدم قبول شهادهٔ المتبرع بشهادته مسألهٔ أخری یأتی الکلام فیها، و علی تقدیر الالتزام بعدم القبول فیها فلا یرتبط بمسألهٔ الحرص بالتحمل، حیث یمکن أن یکون الداعی له إلی التحمل أمرا آخرا، مع بنائه أن لا یشهد فی مقام الأداء إلّا مع المطالبهٔ.

و على الجملة: فلاـ موجب لرفع اليد عن إطلاق ما دل على قبول شهادة العدل و القضاء بالبينة إلّا فى موارد ثبت فيها أحد العناوين المتقدّمة الواردة فى الروايات عدم سماع شهادتهم و انطباقه على الشاهد فى مقام الأداء، فالأخذ بالإطلاق المشار إليه هو العمدة فى المقام.

و أمّا التمسّك فى عدم اعتبار الاستدعاء إلى التحمل بقوله سبحانه إِلّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ «۱»، فلا يمكن استظهار نفوذ الشهادة مطلقا،

(۱) الزخرف: ۸۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۵

لو سمع اثنين يوقعان عقدا، كالبيع و الإجارة و النكاح و غيره، و كذا لو شاهد الغصب أو الجناية، و كذا لو قال له الغريمان: لا تشهد علينا، فسمع منهما أو من

فإنّ غايته وجوب أداء الشهادة مع العلم، نظير قوله سبحانه وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا «۱»، فى أنّ المستفاد منه النفوذ فى الجملة، لعدم كونه فى بيان الحكم الوضعى، و عن سلار و الحلبى إنّه لو كان تحمّل الشهادة بغير الاستدعاء، فلا يجب على المتحمّل أدائها، بخلاف ما إذا كان تحملّها بالاستدعاء فإنّه يجب عليه الإجابة إلى الأداء، و يستفاد ذلك من بعض الروايات.

كصحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت» «۲».

و مثلها صحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت، و قال: إذا أشهد لم يكن له إلّا أن يشهد» «۳».

و فى صحيحة أخرى لمحمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام-: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت» «۴»، و لعلها عين الأولى بسند آخر.

و فى رواية محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الرجل يحضر حساب الرجلين فيطلبان منه الشهادة على ما سمع منهما؟ قال: ذلك إليه إن شاء شهد و إن شاء لم يشهد، و إن شهد شهد بحق قد سمعه و إن لم يشهد فلا شىء لأنّهما لم يشهداه» «۵».

و قد حمل هذه الروايات على صورة عدم توقف ثبوت الحق على شهادته

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۱.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۳۱.

(۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۳۱.

(۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۳۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۶

أحدهما ما يوجب حكما، و كذا لو خبئ فنطق المشهود عليه مسترسلا.

لوجود شاهد آخر أو غيره.

و قد ذکر فی الجواهر تعین هذا الحمل کما یومی إلی ذلک موثقة محمد بن مسلم عن أبی جعفر- علیه السلام- قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم یشهد علیها فهو بالخیار، إن شاء شهد و إن شاء سکت، إلّا إذا علم من الظالم فیشهد، و لا یحل له إلّا أن یشهد» «۱»، و لعل مراده- قدّس سرّه- بالإیماء نحو ظهورها فی وقوع الظلم و التعدی لولا شهادته.

و أید ذلک أیضا بخبر ابن أشیم قال: «سألت أبا الحسن- علیه السلام- عن رجل طهرت امرأته من حیضها، فقال: فلانة طالق، و قوم یسمعون کلامه لم یقل لهم:

اشهدوا، أ یقع الطلاق علیها؟ قال: نعم هذه شهادة أ فیترکها معلّقة، قال: و قال الصادق- علیه السلام-: العلم شهادة إذا کان صاحبه مظلوما» «۲»، و کأنّ المراد إنّه لا یجوز إبقاء المرأة کالمعلّقة، کما لا یجوز ترک الشهادة مع مظلومیة صاحب الحق، فعلی العالم بالواقعة أن یشهد بها.

أقول: ظاهر الموثقة انّ علی الشاهد علی واقعة و إن لم یستشهد أن یشهد علی الظالم، فیها سواء توقّف دفع الظلم علی شهادته أم لا، و بما أنّ هذه الموثقة أخص من الأخبار المتقدمة یرفع الید عن إطلاقاتها.

و دعوی انّ المراد بالظالم هو المتعدی بحسب الواقع و لو کان عند عذر لجهله و نسیانه، لا یمکن المساعدة علیه، و روایة علی بن أحمد بن أشیم ظاهرها کفایة السماع فی الطلاق المشروط بحضور العدلین و أنّه لا یجوز لبعلها بعد ذلک إبقائها کالمعلّقة.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحدیث ۴: ۲۳۲.

(۲) المصدر نفسه: الحدیث ۸ و ۹: ۲۳۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۷

[الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال یطرق التهمة]

الرابعة: التبرع بالشهادة قبل السؤال یطرق التهمة فیمنع القبول (۱)،

---

(۱) المنسوب إلی المشهور انّه لا تسمع شهادة المتبرّع بشهادته فی مجلس القضاء، بل یعتبر فی سماعها أن تکون شهادته بعد سؤال الحاکم و مطالبته.

و یستدل علی ذلک بأنّ التبرع فی الشهادة یوجب التهمة فیدخل الشاهد فی المتهم المعدود فیمن تردّ شهادتهم، و بروایات نبویة من غیر طرقنا.

منها: ما عن النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «ثمّ یجیء قوم یعطون الشهادة قبل أن یسألوها» «۱».

و منها: ما عنه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «ثمّ یفشو الکذب حتی یشهد الرجل قبل أن یستشهد» «۲».

و منها: عنه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «تقوم الساعة علی قوم یشهدون من غیر أن یستشهدوا» «۳».

مع ما ورد من: «أنّها تقوم علی شرار الخلق» «۴».

بناء علی أنّ المراد بالأخیرین أیضا أداء الشهادة قبل المطالبة لا أداؤها من غیر أن یتحمّلها.

أقول: أمّا الروایات فلا یمکن الاعتماد علی شیء منها لضعف إسنادها،

---

(۱) مسند أحمد ۴: ۴۲۶.

(۲) سنن ابن ماجة ۲: ۶۴.

(۳) دعائم الإسلام ۲: ۵۰۶.

(۴) البحار ۶: ۱۸، صحيح مسلم ۶: ۵۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۸

أمّا فى حقوق اللّه أو الشهادة للمصالح العامّة فلا يمنع، إذ لا مدعى لها،

بل معارضتها بما روى عنه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قوله: «ألا أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول اللّه. قال: أن يشهد الرجل قبل أن يستشهد» «۱»، بناء على أنّ المراد منه ما يعمّ مقام أداء الشهادة لا خصوص تحمل الشهادة.

و دعوى انجبار ضعف إسنادها بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فإنّ فى المشهور كالماتن من علّل عدم السماع بطرو التهمة و لم يستند إلى شيء منها.

و أمّا دعوى طروء التهمة فلا يمكن المساعدة عليها أيضا، فإنّ المراد بالمتهم فى صحيحة عبد اللّه بن سنان من لم يعلم حاله من حيث العدل و الفسق، أو من يكون متهما فى أقواله ككثير الخطأ، و قد تقدم سماع شهادة الزوج لزوجته و كذا الصديق لصديقه و الأخ لأخيه و الولد لوالده إلى غير ذلك.

و على الجملة: الشاهد مع عدالته و ثقته كما هو المفروض فى المقام لا يدخل فى المتهم حتى إذا ما بادر إلى الشهادة لوصول ذى الحق إلى حقه.

و العجب ممن ردّ شهادة المتبرع للتهمة ذكر سماع الشهادة المزبورة منه فيما لو كرّرها بعد السؤال عنه فى مجلس آخر أو حتى فى ذلك المجلس بعد سؤال الحاكم.

و عن ظاهر الأردبيلى: أنّ التبرع لا يوجب ردّ الشهادة، و عن السبزوارى الميل إليه، و اختاره صاحب المستند و نسبه إلى ابن إدريس.

---

(۱) سنن البيهقى ۱۰: ۱۵۹ مع اختلاف يسير.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۴۹۹

و فيه تردّد.

و على ذلك فالأظهر الأخذ بما دل على اعتبار البينة و نفوذ القضاء بها، و لو فرض فى البين إجماع فالمتيقن منه عدم الاكتفاء بها بل عليه تكرارها بعد سؤال الحاكم.

هذا كلّه بالإضافة إلى الدعاوى بين المترافعين، و أمّا فى الشهادة بحقوق اللّه كحدوده و المصالح العامة كالأوقاف العامة و الطرق النافذة و الخانات و نحوها، فالمشهور على ما قيل سماع شهادة المتبرع فى شهادته، و لكن المحكى عن الشيخ فى النهاية عدم السماع مع ما يقال من أنّ نهايته متون الأخبار و مضامينها، نعم وافق فى المبسوط المشهور.

و ربّما يستدل على السماع فيما ذكر بأنّه لو لم تسمع شهادة المتبرع فيها تتعطّل تلك الحقوق حيث لا يكون مدع خاص فيها، و فى كشف اللثام جريان ذلك فى المصالح العامة أيضا، حيث إنّ المصلحة على تقدير شمولها للعدول تكون الشهادة بها دعوى فلا تسمع، و لو توقف سماعها على دعوى غيرهم من العدول يكون ذلك بلا مرجح، بل يلزم الدور لتوقف سماع شهادتهم على دعوى غيرهم و ثبوت دعوى غيرهم على اعتبار شهادتهم.

أقول: لا يخفى ما فى الاستدلال على الاعتبار بما ذكر، فالصحيح الأخذ بما ورد فى ثبوت الحد و تعلّقه بالشهادات، على ما يأتى فى

بحث الحدود، و الأخذ فى المصالح العامة بما دلّ على اعتبار البينة و شهادة العدلين.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۰

[الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته]

الخامسة: المشهور بالفسق إذا تاب لتقبل شهادته، الوجه أنّها لا تقبل (۱)

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّ المشهور بالفسق إذا تاب و كانت الغاية من توبته قبول شهادته فالوجه عدم قبول التوبة، بمعنى أنّ هذه ليست كافية فى دخوله فى العدل فلا تقبل شهادته حتى يظهر استمراره على الصلاح، و حكى عن الشيخ- قدّس سرّه- أنّه يجوز للحاكم أن يقول للمشهور بالفسق: تب من معاصيك أو معصيتك أقبل شهادتك.

و يستظهر من هذا الكلام أنّه لو أظهر الفاسق المزبور التوبة و لو فى مجلس الحكم لتقبل شهادته قبلت، و لذا استشكل فيه بأنّه لا موجب لقبول إظهاره التوبة لا سيّما التوبة التى كان غرضه منها قبول شهادته.

و ذكر فى الجواهر ما ملخّصه: انّ التوبة و هى الندم على ما فعل من الذنب و البناء على تركه فيما يأتى فيما وقعت امتثالا لأمر اللّه سبحانه بها تكون توبة حقيقة، فإنّ التوبة من العبادة و إذا كان الموجب لقبول شهادته التوبة حقيقة فلم تحصل، بل يمكن دعوى انّ الواقع معصية أخرى لتركه التوبة الواجبة بنحو العبادة.

و حكى عن التجريد للطوسى- قدّس سرّه- انّه يعتبر فى التوبة ترك الذنب لقبحه شرعا كما يعتبر فيه ترك جميع المعاصى التى كان ارتكبها و لا يكفى أن تقع عن بعضها، و قال: إنّ الثانى فى حصول التوبة غير معتبر، و أنّه تصح التوبة بالإضافة إلى ما قد ندم عنه و تركه، و ان رجع ترك الذنب لقبحه إلى ما ذكرنا فهو صحيح و إلّا فالأقوى خلافه.

ثمّ تعرّض لما حكاه الماتن عن الشيخ، فذكر أنّ كلامه ناظر إلى أنّ الشاهد إذا أظهر التوبة حقيقة يقبل قوله حملا لإظهاره على الصحة، و لكن أورد عليه بأنّ الحمل على الصحة يجرى فى الأفعال كالبيع و النكاح و الصلاة إلى غير ذلك.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۱

حتى يستبان استمراره على الصلاح، و قال الشيخ: يجوز أن يقول: تب

و أمّا الأمور القلبية التى منها التوبة على ما تقدم من أنّها ندم على ما فعل و البناء على تركه مستقبلا، فلا يعتبر فيها اخبار الفاعل، بل لا بدّ من إحرازها بالآثار الكاشفة عنها، و الأثر مداومة الشخص على الصلاح بحيث يوثق بحصول التوبة منه، كما ذكروا نظير ذلك فى العدالة بمعنى الملكة.

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من عدم كفاية قوله أنّه تائب عن ذنبه أو ذنوبه، أو انّه يتوب فعلا فى إحراز عدله صحيح، لأنّ التوبة و إن كانت أمرا قلبيا إلّا أنّها كالعدالة ذات آثار محسوسة تحرز بتلك الآثار، و هى الاستمرار على الفلاح، إلّا أنّ ما ذكره أخيرا، من أنّ التوبة من الواجب التعبدى النفسى، لا يمكن المساعدة عليه، حيث تقدّم أنّ وجوبها إرشادى لا يكتب على تاركها إلّا ما ارتكبه من الذنب لا ذنب آخر، و إلّا استمر تعداد الذنوب فى الزيادة، لكون وجوبها فوريا بنحو الفور فالفور.

و على الجملة، التوبة و هى الندم على وقع و البناء على عدم تكراره أمر واقعى يدخل الشخص بحصولها فى نفسه بالإضافة إلى جميع ما صدر عنه من المعاصى فى عنوان العدل، إلّا أنّ مجرّد إخباره أو إظهاره الندم و البناء لا يعتبر فى كشفها.

نعم لا يبعد ان يقال: بأنّه يعتبر فى وقوعها مكفّرة حصولها بداعى التخلّص عن الوزر الأخروى المترتب على ذنبه، فالندم على ما فعل و

البناء على تركه مستقبلا لمجرد التحفّظ بسلامة جسمه و عدم ابتلائه بالمرض مثلا لا يكون توبة مكفرة للذنب، إلّا إذا كان بنحو الداعي إلى الداعي، كما لا يبعد ذلك فى التوبة لترتب قبول شهادته عليها.

بقى فى المقام أمر، و هو ما ذكره جماعة من أنّه يعتبر فى تحقق التوبة

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۲

أقبل شهادتک.

المكفرة التخلّص من سائر تبعات الذنب من حق الغير، كما فى منع الزكاة و الخمس و الغصب و غيره ممّا يتعلّق بأموال الناس، فإنّ على التائب إيصالها إلى مستحقّيها و إبراء ذمّته منها، بأن يؤدى الزكاة أو الخمس و يردّ أموال الناس عليهم مع بقائها و يغرم بدلها، أو يأخذ الإبراء من مالكها مع تلفها، و لو كان معسرا نوى الغرامة عند طروّ التمكّن و اليسر.

و كذا فيما كان حق الناس من غير المال كالقصاص و القذف، فيأتى المستحق و يمكّنه، من استيفاء حقّه فإن لم يعلم ولىّ القصاص كونه قاتلا فعليه أن يخبره بالحال، و يقول: أنّا الذى قتلت أباك مثلا فلزمنى القصاص فإن شئت فاقتصّ و إن شئت فاعف، و فى الغيبة و القذف فيما إذا بلغا المغتاب و المقذوف يقول مثل ذلك، و أمّا مع عدم بلوغهما إليهما فوجهان، فوجوب الإظهار لكونه حق آدمى فلا يزول إلّا بإبرائه و ذهب إلى ذلك الأكثر على ما فى المسالك، و عدم وجوب الإظهار بل عدم جوازه لأنّ الإظهار يوجب زيادة الأذى و وغر القلوب.

و على الوجوب لو تعذّر الاستحلال بموته أو امتناعه فليكثر الاستغفار و الأعمال الصالحة، فإنّه عسى أن تكون الأعمال الصالحة عوضا عمّا يؤخذ من حسناته لصاحب الحق لو لم يعوض اللّه عنه، و لا اعتبار فى القذف و الغيبة بتحليل الوارث و ان انتقل حق القذف إليه بالإرث.

و هذا بخلاف الحق المالى فإنّه إذا مات مستحقه ينتقل إلى وارثه و يبرأ بدفع المال إليهم أو بإبرائهم.

و لو كان فيها حق اللّه كالزنا و شرب الخمر، فإن لم يثبت عند الحاكم فقبل ثبوته له ان يمتنع عن توطين نفسه لإقامة الحد عليه، لأنّ التوبة قبل الثبوت

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۳

....

مكفّرة، و إن كانت بعد ثبوته عند الحاكم فعليه أن يأتى الحاكم لإقامة الحد عليه.

و ذكر فى الجواهر بعد حكاية ذلك: انّ الظاهر عدم اعتبار التخلص عن توابع الذنب فى تحقق التوبة من ذلك الذنب التى تقدم أنّها ندم عن الارتكاب و بناء على عدم الارتكاب، و دعوى انّ الندم لا يتحقق إلّا بالخلاص ممّا تبعه واضح الفساد، فانّ التخلص من تبعته واجب آخر لا دخل له فى تحقق الندم عمّا فعل، نعم لو كان التابع من أفراد ما تاب عنه اتّجه التخلص عنه لعدم التوبة بدونه، كما إذا تاب عن التعدى على الناس فى أموالهم فإنّ التوبة لا تتحقق إلّا مع إيصال ما فى يده من مال الغير إلى صاحبه و إلّا فهو باق على الظلم و التعدى.

بخلاف ما إذا تاب عن قتل الناس فإنّه تتحقق التوبة من ذنب قتلهم و إنّ فرّ من القصاص، إذ الفرار ذنب آخر غير ذنب قتل النفس، و يمكن حمل كلماتهم على ذلك بناء على إمكان التوبة عن ذنب دون آخر، كما يظهر ذلك من البهائى فى أربعينه بل صريح كلامه ما ذكرنا، و لا ينافى ذلك ما فى بعض الروايات مثل ما ورد من: «أنّ التوبة تجمعها ستة أشياء، الحديث»، و قوله- عليه السلام- عندما سمع قائلا يقول استغفر اللّه: «ثكلتک أمّک أ تدرى ما الاستغفار- الحديث» «۱»، فإنّ مثل هذين يحملان على التوبة من جميع

المعاصى أو على المرتبة الأعلى منها، انتهى.

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من أنّ التوبة عن ذنب لا- تتوقّف على التوبة من سائر المعاصى حتى فيما كان الذنب الآخر من توابع الذنب الذى ارتكبه صحيح، إلّا أنّ هذا لا يجرى فى ذنب عيّن الشارع فيه للتوبة طريقا خاصا، كما فى ذنب القذف، فإنّه لو فرض أنّه ندم عن قذفه و عفى عنه المقذوف أيضا، فلا تتحقق التوبة إلّا بإكذاب نفسه كما تقدم.

---

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۸۷ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۴: ۳۶۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۴

[السادسة: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين فى الشهود ما يمنع القبول]

السادسة: إذا حكم الحاكم ثمّ تبين فى الشهود (۱) ما يمنع القبول، فإن كان متجدّدا بعد الحكم لم يقدح، و إن كان حاصلا قبل الإقامة و خفى عن الحاكم نقض الحكم.

---

(۱) التعبير بالتبيّن لعله لفرض إحراز حال الشهود وجدانا، بأن أحرز بعد الحكم بشهادتهما انّه كان فى الشهود ما يمنع عن قبول شهادتهما، فإن كان المانع حاصلا عند شهادتهما يحكم ببطلان القضاء، كما إذا تبين أنّ الشاهدين أو أحدهما من شركاء المدعى فيما يدعى، أو أنّ أحدهما كان قاذفا لم يتب عن قذفه و نحو ذلك.

و كذا الحال فيما إذا تبين فسقهما أو فسق أحدهما بغيره سواءا كان حصول التبين عند الحاكم الذى حكم بشهادتهما أم عند غيره، و أمّا إذا تجدّد المانع بعد شهادتهما و لو قبل الحكم، فهذا لا يمنع عن نفوذ القضاء المزبور، لأنّ الميزان فى القضاء الصحيح حصول الشرائط للشاهد عند شهادته.

هذا كلّه بالإضافة إلى التبين الوجدانى و كذا إذا كان ظهور المانع فى الشاهد عند شهادته تعبديا، كما إذا قامت البينة بعد الحكم بحصول المانع فى الشاهدين عند شهادتهما فينقض القضاء بذلك من الحاكم المزبور أو من غيره، على اشكال فى قيام البينة الجارحة بعد القضاء على ما يأتى.

و على الأخص فيما أراد النقض الحاكم الآخر مع احتماله انّ القاضى الأوّل قد أحرز الشرائط فى الشاهدين عند شهادتهما بالوجدان و لم يقع منه خطأ، فإنّ أصالة الصحة الجارية فى قضائه تمنع عن هذا النقض، فالأظهر عدم جواز النقض إلّا مع تبين خطئه عند قضائه فى خصوص هذا الفرض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۵

[السادس: طهارة المولد]

السادس: طهارة المولد.

فلا تقبل شهادة ولد الزنا أصلا (۱)، و قيل: تقبل فى اليسير مع تمسّكه

---

(۱) المشهور قديما و حديثا عدم قبول شهادة ولد الزنا، فإنّه و إن يحكم بإسلامه مع وصفه الإسلام، بل بدونه أيضا، لتبعية الولد لوالديه أو أشرفهما، و لكن لا تقبل شهادته حتى ما إذا كان عدلا، و عن الانتصار و الخلاف و الغنية و السرائر دعوى الإجماع عليه، و

فى المسالک نقل عن الشيخ فى المبسوط جواز شهادته، و مال إليه.

و يشهد لما عليه المشهور روايات:

منها رواية أبى بصير قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إنّ الحكم بن عتيبة يزعم أنّها تجوز، فقال: اللّهمّ لا تغفر ذنبه ما قال اللّه للحكم وَ إِنَّهُ لَذِكْرٌ لَکَ وَ لِقَوْمِکَ «۱»، و ظاهرها أنّ المفتى به عند بعض فقهاء العامة كان جواز شهادته أخذا بالإطلاق فى الآية.

و رواها الشيخ- قدّس سرّه- بإسناده عن الحسين بن سعيد عن أحمد بن حمزة عن أبان عن أبى بصير، و الظاهر أنّ أحمد بن حمزة هو ابن اليسع، بقرينة روايته عن أبان، و عليه فلا بأس بها سندا و دلالة.

و فى صحيحة محمد بن مسلم قال: «قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: لا تجوز شهادة ولد الزنا» «۲»، و موثقة زرارة قال: «سمعت أبا جعفر- عليه السلام- يقول: لو أنّ أربعة شهدوا عندى بالزنا على رجل و فيهم ولد زنا لحددتهم جميعا، لأنّه لا

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۷۵، و الآية فى الزخرف: ۴۴.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۳: ۲۷۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۶

بالصلاح، و به رواية نادرة، و لو جهلت حاله قبلت شهادته، و ان نالته

تجوز شهادته و لا يؤم الناس» «۱».

و ظاهرها كظاهر غيرها أنّه مع عدل ولد الزنا لا يؤم الناس و لا تقبل شهادته، و على الجملة لانطباق هذا العنوان على الشاهد مانعية كما ذكرنا فى مانعيته سائر العناوين المانعة.

و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: سألته عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا و لا عبد» «۲»، و نفى شهادة العبد لا ينافى اعتبارها.

و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه قال: «سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: لا يجوز شهادته و لا يؤم» «۳».

و فى مقابل ذلک رواية على بن جعفر الّتى رواها فى قرب الاسناد عن عبد اللّه ابن الحسن عن على بن جعفر عن أخيه- عليه السلام- قال: «سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم يجوز شهادته و لا يؤم» «۴».

و هذه مع ضعف السند معارضة بالأخبار المتقدمة، فتحمل على التقية، بل يمكن القول بإجمالها، لأنّ الظاهر اتحاد المروى عن كتاب على بن جعفر مع المروى فى قرب الاسناد، فالاشتباه فى أحد النقلين واقع لا محالة.

نعم فى رواية عيسى بن عبد اللّه: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة ولد الزنا، فقال: لا تجوز إلّا فى الشىء اليسير إذا رأيت منه صلاحا» «۵».

و الظاهر أنّ عيسى بن عبد اللّه القمى الثقة، بقرينة رواية أبان عنه، و قد أفتى بمضمونها الشيخ فى النهاية و حكى عن ابن حمزة.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۷۶- ۲۷۷.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۷۶- ۲۷۷.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۸: ۲۷۶- ۲۷۷.

(۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۷۶- ۲۷۷.

(۵) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۵: ۲۷۶- ۲۷۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۷

بعض الألسن.

و أجيب بأنّ مفادها عدم قبول شهادته مطلقا، لأنّ الشيء اليسير على الإطلاق بحسب الأمكنة و الأزمنة لا مالية له، و كلّ ما فرض من المال يكون دونه الشيء، و قد ورد نظير ذلك ما ورد فى شهادة الصبيان و أنّه تسمع شهادتهم فى الشيء الدون، بل قيل: انّ ما ورد من وجوب الخمس فى الجائزة التى فيها خطر، مقتضاه وجوبه فى مطلق الجائزة.

و لكن لا يخفى ما فى الجواب، فإنّ ظاهرها اعتبار الصدق العرفى بحسب زمان وجود الشيء و مكانه.

ثمّ إنّه إذا نال الشخص بعض الألسن بأنّه ولد الزنا، فهذا لا يمنع عن قبول شهادته، لأنّه لو ثبت فى البين فراش فهو طريق شرعى إلى أنّه ولد حلال، و لو لم يثبت فالإطلاق فيما دل على نفوذ شهادة العدل بضميمة الاستصحاب فى ناحية عدم كونه ولد الزنا مقتضاه نفوذ شهادته، و قد بيّنا فى بحث الأصول اعتبار الاستصحاب فى الاعدام الأزلية حتى فيما إذا أخذ فى الموضوع بنحو كان الناقصة.

و ما فى الدروس، من أنّ ترك شهادة المشكوك فى مقام القضاء مقدمة لترك شهادة ولد الزنا، كما ترى.

و ما فى الجواهر، من أنّ النهى عن قبول شهادة ولد الزنا ظاهره المانعية الظاهرة فى اختصاصها بالمعلوم دون المشكوك الداخل فى العنوان الوارد فى عمومات قبول شهادة العدل، ضعيف، لأنّ كلّا من عنوانى الشهادة و ولد الزنا ظاهر فى واقعه، و النهى إرشاد إلى مانعية العنوان، فما وجه الانصراف إلى المعلوم إلّا ما اشتهر فى الألسن من لزوم إحراز المانع، و إلّا فالأصل عدم المانعية و المانع، و هو لا يرجع إلى محصل، كما بيّن فى محلّه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۸

[الطرف الثانى: فيما به يصير شاهدا و الضابط العلم]

اشارة

الطرف الثانى:

فيما به يصير شاهدا و الضابط العلم (۱) لقوله تعالى وَ لا تَقْفُ ما لَيسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ، و لقوله صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و قد سئل عن

---

(۱) المشهور بين الأصحاب اعتبار العلم فى تحمّل الشهادة لتقبل عند أدائها، لقوله سبحانه لا تَقْفُ ما لَيسَ لَکَ بِهِ عِلْمٌ «۱»، و قوله سبحانه إِلّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَ هُمْ يَعْلَمُونَ «۲»، و غير ذلك ممّا ظاهره اعتبار العلم فى القول و الشهادة.

و ظاهرهم اعتبار العلم بمنشائه العادى، كالمشاهدة و السماع أو هما معا، فالمشاهدة فى مثل الشهادة بالسرقة و الغصب و القتل و الزنا و الرضاع و ما أشبه ذلك، و السماع فى مثل الشهادة بالإقرار و الشهادة بالشهادة و العقود و الإيقاعات و القذف و نحو ذلك، و مقتضى ذلك أن لا تسمع الشهادة بالمبصرات فيما كان اعتقاد جزمى بوقوعها من غير أبصار، و فى المسموعات من غير سماع و ما شاكل ذلك.

---

(۱) الإسراء: ۳۶.

(۲) الزخرف: ۸۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۰۹

الشهادة و قال: «هل ترى الشمس؟، فقال: نعم، قال صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: على مثلها فاشهد أو دع».

و عن الأردبيلى و الخراسانى التوقف فى ذلك، و فى كشف اللثام جواز الاستناد فى الشهادة إلى التواتر، و أنّه يجوز أن يكون مرادهم اعتبار المشاهدة بالواسطة و بدونها، و فيما كان العلم مستندا إلى التواتر أو الخبر المحفوف بالقرينة بحيث لم تبق شبهة أصلا، فلا مانع عن الشهادة لحصول العلم.

و فى الرياض بعد حكاية جواز الشهادة بالمبصرات اعتمادا على الخبر المتواتر أو المحفوف بالقرينة: أنّه- أى الجواز- فى محلّه لمكان العلم.

و لكن ظاهر كلماتهم اعتبار الإبصار فى الشهادة، و ان يحتمل أن يكون ذكرهم المشاهدة لأجل أنّه لا يكفى فى الشهادة مجرّد الأبصار، و إن لم يكن موجبا للعلم، بل يعتبر حصول العلم.

إلّا أنّه يمكن الاستدلال على ما فى ظهور كلماتهم بأخذ حضور الواقعة فى مفهوم الشهادة، فلا يدخل مجرّد الاعتقاد الجزمى غير المستند إلى الحس الظاهر فى معنى الشهادة.

أضف إلى ذلك أنّ الجزم الحاصل من الحسّ الباطنى يختلف شدة و ضعفا و يتخلف كثيرا، و يظهر للجازم خلافه فيما بعد، فلا تطمئن النفس بتلك الشهادة، و هذا و ان يوهم عدم اعتبار غير الحس الظاهرى فى الموارد التى يأتى كفاية الاعتماد فيها على الاستفاضة، إلّا أنّ الإجماع على الاكتفاء فيها بما هو المستند، مع مسيس الحاجة و اقتضاء الضرورة إلى الاكتفاء.

بل ما ذكروا فى تلك الموارد من كفاية الاستفاضة أوضح شاهد، بأنّ الأصل فى الشهادة الحسّ الظاهرى لدخوله فى معناها لغة، و لو سلّم احتمال عدم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۰

و مستندها: إمّا المشاهدة أو السماع أو هما، فما يفتقر إلى المشاهدة الأفعال، لأنّ آلة السمع لا تدركها، كالغصب و السرقة و القتل و الرضاع و الولادة و الزنا و اللواط، فلا يصير شاهدا بشىء من ذلك إلّا مع المشاهدة، و يقبل فيه شهادة

دخل الحسّ الظاهرى و كفاية مجرّد العلم و الاعتقاد، فاللازم الرجوع إلى الأصل العملى، و مقتضاه عدم نفوذ خبر العدل و عدم كونه مدركا للقضاء ما لم يستند إلى الحس الظاهرى.

و ذكر فى الجواهر بعد نقل هذا الكلام: أنّه من الغرائب، حيث إنّ مقتضاه أن لا يصحّ لنا الشهادة الآن لأمير المؤمنين- عليه السلام-، بأنّ النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم نصبه يوم الغدير اماما و وليّا على المسلمين، و لا تصحّ أيضا الشهادة منّا على الأوّلين بغصبهما الفدك من الزهراء- سلام اللّه عليها-، و لا الشهادة بغير ذلك ممّا وصل إلينا بطريق النقل، بل ليست شهادتنا بالتوحيد و أنّ محمّدا صلّى اللّه عليه و آله و سلّم عبده و رسوله شهادة حقيقة، و على الجملة الكلام المزبور ساقط من أصله، خصوصا بملاحظة ما ورد فى سماع شهادة الأعمى إذا أثبته، و إنّ الأصحاب لم يعتبروا فى الشهادة أزيد من العلم بالمشهود به، فإنّه ليس معنى الشهادة إلّا الإخبار بشىء عن جزم و يقين به.

و ما ذكروا من الاكتفاء بالاستفاضة فى الأمور السبعة أو الأزيد راجع إلى عدم اعتبار العلم و اليقين فى الشهادة بها، بل يكفى فى الشهادة بها مجرّد وجود الاستفاضة الموجبة للظن أو الاطمئنان، و من اعتبر العلم فيها جعلها كسائر الشهادات، نعم المعتبر فى الشهادة العلم الحاصل للإنسان المستقيم الخالى من الأغراض و التسرّع فى الاعتقاد، و تخلّف هذا العلم عن الواقع بأكثر ممّا يتخلّف العلم بالأبصار غير ظاهر و الاشتباه فى الحس أمر معروف، انتهى.

أقول: إطلاق لفظ الشهادة على الاخبار بالشىء اعترافا و إبرازا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۱

الأصمّ، و فى رواية يؤخذ بأوّل قوله لا بثانيه، و هى نادرة.

و ما يكفى فيه السماع فالنسب و الموت و الملك المطلق، لتعذّر الوقوف عليه بالمشاهدة فى الأغلب، و يتحقّق كل واحد من هذه بتوالى الأخبار من جماعة لا

للاعتقاد به لا ينكر، و ليس فيه كلام، و إنّما الكلام فيما ورد فى ثبوت الدعوى بشهادة العدلين بالواقعة المرفوعة إلى القاضى، و انّ اقامة الشهادة بها ظاهرة فى الشهادة التى ورد الأمر بتحمّلها إرشادا فى الوصية، و فى النكاح و نحوه استحبابا، و فى الطلاق شرطا، أو أنّها غير ظاهرة فيها.

و من المعلوم أنّ الشهادة عند تحمّلها تكون بحسّ الواقعة بالمشاهدة أو بالسماع، و بهما معا، و لو لم يكن ظاهرا إقامتها ذلك، فلا أقل من عدم إحراز عمومها لمجرّد الاعتقاد الجزمى بالوقوع، و الأصل عدم النفوذ فى مقام القضاء أو غيره ممّا لا تكون الشهادة بالحسّ.

نعم، تذكر موارد و يقال بعدم اعتبار هذه الشهادة فيها، بل لا يعتبر فيها الاخبار بالعلم بالواقع، بل يكفى فى الشهادة فيها التناقل و الاشتهار المعبّر عنه بالاستفاضة، بحيث لا يحتمل عادة استناد ذلك إلى المواعدة و تبانى جمع أو تفيد ظنا متاخما للعلم.

و بتعبير آخر، يكون الشياع موجبا للعلم العادى المعبّر عنه بالاطمئنان، و يعدّ من تلك الموارد النسب و الموت و الملك المطلق، كما فى عبارة الماتن، حيث إنّ مراده: و ما يكفى فيه السماع، هو الاعتماد على التناقل، لا السماع فى الواقعة التى يكون حسّها بالسمع، كالشهادة بالإقرار و القذف و غير ذلك.

و علّل جواز الشهادة فيها بالسماع بعدم إمكان الحس فيها نوعا من المخبرين، حيث انّ الملك يستمر و يجهل سببه لانقضاء زمانه، و الموت أسبابه

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۲

يضمّهم قيد المواعدة، أو يستفيض ذلك حتى يتاخم العلم، و فى هذا عندى تردد.

مختلفة و لا يشاهد الميت، و الأمر فى النسب أظهر لعدم الحس بالولادة إلّا من بعض النساء، فيعلم بالأخذ من ألسنتهن و نقلهن.

و لكن مع ذلك، و لعلّه لعدم الحس و العلم فى البين ذكر: و فى هذا عندى تردد.

و قد حكى عن الإسكافى الاقتصار بالنسب، و تعدّى بعضهم إلى الموت و الملك المطلق، و عن بعض إلحاق النكاح و الوقف و العتق و الولاء، و عن بعض ابدال الولاء بالولاية، و عن بعض زيادة الرق و العدالة، و أنهاها بعض إلى أكثر من ذلك، و زاد سبعة عشر موردا آخرا.

و فى بعض الروايات كمرسلة يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن البيّنة إذا أقيمت على الحق، أ يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيّنة؟ قال: خمسة أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و الإنسان، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته» «۱»، و هذه تصلح للتأييد لا الاستدلال بها.

و عن الشهيد الثانى فى المسالك الإشكال فى جواز الشهادة بالنسب، اعتمادا على التسامع فى الأم، حيث يمكن الحسّ بالولادة، و كذا فى غير الأم مع إنكار المنسوب إليه الحيّ، و لو كان المنسوب إليه مجنونا ففيه اشكال، لاحتمال إفاقته و إنكاره.

أقول: فى البين مقامات:

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۹۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۳

و قال الشيخ: لو شهد عدلان فصاعدا صار السماع متحمّلا و شاهد أصل،

الأوّل: جواز اعتماد المكلّف و ترتيبه أثر الثبوت مع حصول الشياع، بأن لا يجوز له التزويج بامرأة اشتهرت أنّها أخته الرضاعية أو أخته بالنسب، و لا يجوز له شراء ما اشتهر انّه وقف، إلى غير ذلك.

و في هذا المقام، إن كان الشياع موجبا للاطمئنان و الوثوق فلا يختصّ جواز الاعتماد بالثلاثة أو السبعة أو الأزيد، بل يجري في كلّ موضوع أحرز حصوله بالشهرة الموجبة للاطمئنان و الوثوق، المعبّر عنه بالعلم العادي، إلّا في مورد جعل الشارع فيه لإحراز الموضوع نحوا من الإحراز، أو نهى فيه عن اتّباع غير العلم الوجداني، أو كان الموضوع للأثر نفس العلم بالشيء على نحو الوصفية، لجريان السيرة العقلائية على اتباع الوثوق و الاطمئنان، فتتّبع في غير مورد الردع، و أمّا إذا لم تكن الشهرة موجبة للاطمئنان و الوثوق فلا يعتبر إلّا في مورد قد أحرز فيه اعتبار الشياع مطلقا، و لو لم يكن موجبا للعلم العادي، و لا يبعد ان يكون النسب كذلك لجريان السيرة على اتباع السماع، ممّا لا يحتمل عادة حصول الشياع فيه مستند إلى التباني و احتمال حصوله من التسامع.

و الثاني: جواز الاخبار بالشيء اعتمادا من المخبر على الشياع المفيد للاطمئنان، أو اعتمادا على مطلق الشياع في مورد ذكرنا اعتباره فيه.

و الظاهر كما أنّ الإخبار بنفس الشياع أمر جائز كذلك الاخبار بنفس الشيء، بعد فرض كون المكلف عالما به، و لو بنحو الحكومة و التنزيل.

و الثالث: في نفوذ قضاء القاضي في الواقعة، اعتمادا منه على الشياع المعتبر، أو اعتمادا على اخبار عدلين بذلك الشياع.

و الظاهر عدم جواز القضاء بالواقع اعتمادا على الشياع المزبور، لما

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۴

لا شاهدا على شهادتهما لأنّ ثمرة الاستفاضة الظن و هو حاصل بهما، و هو ضعيف،

تقدم في بحث القضاء انحصار مدرك القضاء بالبينة و الإقرار و الحلف، و أنّ القاضي و ان يجوز له الحكم بعلمه، إلّا أنّ المعتبر من علمه هو علمه الوجداني الحاصل من حسّه الواقعة بنفسه لا علمه التعبدي، و إلّا لما كانت حاجة في قضائه إلى حلف المنكر، لأنّ يده الجارية على المال علم تعبدي بأنّه المالك، فيكون قضاؤه بمقتضى يده قضاء بالعلم كما لا يخفى.

ثمّ إنّ للحاكم فيما إذا أحرز الشياع بنفسه أو أخبر به البينة ان يحكم بثبوته، و يلزم من يعترف بعدم العلم بخلافه العمل على طبقه، و لكن هذا ليس من القضاء في الواقعة كما تقدم، بل يدخل ذلك في عنوان الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر.

و لو فرض في مورد كون الشياع بحيث لا يتخلّف عن الواقع أصلا، بأن يحصل منه العلم بالواقع لكلّ من اطلع عليه، فالظاهر جواز الشهادة بالواقع في الفرض و جواز القضاء بتلك الشهادة، لأنّ الشياع المزبور يكون من أثر ثبوت الواقع، فيكون حسّه حسّا للواقع، فإنّه لولاه لما كان هذا الشياع و هذا المقدار يكفي في صدق البيّنة و شهادة العدلين، حيث انّ حسّ الأثر يعدّ عرفا حسّا لذي الأثر.

و على الجملة، المتحصّل من جميع ما ذكرنا، أنّه يعتبر في الشاهد عند تحمّله الشهادة حسّ الواقعة، فلا يكفي مجرّد الحدس بالواقعة، سواء كان حدسه جزّميا أم ظنيا، فإنّ حسّ الواقعة بنفسها أو بأثرها مأخوذ في معنى الشهادة المعتبرة في مدرك القضاء.

و يؤيّد ذلك ما رواه علي بن غياث بن غراب عن أبي عبد اللّه- عليه السلام-:

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۵

لأنّ الظن يحصل بالواحد.

«لا تشهدنّ بشهادة حتّى تعرفها كما تعرف كفّك» «۱».

و ما نقل الماتن و غيره مرسلا عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم و قد سئل عن الشهادة قال: «هل ترى الشمس، على مثلها فاشهد أو دع» «۲».

و لا- يمكن الالتزام بما عن جماعة، من أنّه يكفى فى الشهادة العلم بالمشهود به و لو حدسا، بل يكفى الاستناد إلى الاستفاضة فى الموارد المشار إليها.

ثمّ إنّ الشاهد فى مقام الأداء لو كان متذكرا بتحمّلها فلا- إشكال فى جواز تلك الشهادة تكليفا و وضعا، و كذا فيما كان جازما بتحمّلها و لكن لا يتذكر تحمّلها، كما إذا رأى خطه و اسمه فى كتاب الشهادة مع جزمه بأنّه قد كتبه و لكن لا يتذكّر الواقعة، و قيل: انّه لا تصحّ الشهادة إلّا بتذكر الواقعة المشهود بها.

و فى صحيحة الحسين بن سعيد، كتب إليه جعفر بن عيسى: «جعلت فداك جاءنى جيران لنا بكتاب زعموا أنّهم أشهدونى على ما فيه، و فى الكتاب اسمى بخطّى قد عرفته، و لست أذكر الشهادة، و قد دعونى إليها، فأشهد لهم على معرفتى انّ اسمى فى الكتاب و لست أذكر الشهادة، أو لا تجبا لشهادة علىّ حتى أذكرها، كان اسمى بخطى فى الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد» «۳».

و لكن لا بد من حملها على صورة عدم الجزم بالتحمّل، و لو باحتمال التزوير فى الورقة أو فى اسمه و خاتمه، كما تشهد بذلك معتبرة السكونى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: لا تشهد بشهادة لا تذكرها، فإنّه من شاء

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۰.

(۲) مستدرك الوسائل: ۱۷، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۴۲۲.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۳۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۶

[فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابنى و هو ساكت]

فرع: لو سمعه يقول للكبير: هذا ابنى و هو ساكت، أو قال: هذا أبى و هو

كتب و نقش خاتما» «۱»، فإنّ مقتضى التعليل انّه مع اليقين بعدم التزوير فلا بأس بالشهادة.

و ممّا ذكر يظهر الحال فى صحيحة عمر بن يزيد قال: «قلت لأبى عبد اللّه- عليه السلام-: الرجل يشهدنى على شهادة فأعرف خطّى و خاتمى و لا أذكر من الباقى قليلا و لا كثيرا، قال: فقال لى: إذا كان صاحبك ثقة و معه رجل ثقة فاشهد له» «۲»، فإنّها تحمل على أنّ ما ذكر لإحراز وقوع التحمل.

بقى فى المقام أمران:

أحدهما: أنّه إذا لم يعرف الشاهد الواقعة الحالية المطلوب منه الشهادة بها، و لكن كان شاهدا بالحالة السابقة، و مقتضى الاستصحاب بقاء الواقعة على حالها، فهل تجوز له الشهادة بالحالة الفعلية اعتمادا على الاستصحاب، أم لا؟

كما إذا علم بأنّ العين كانت لزيد سابقا و لا يدرى انتقالها إلى آخر، و طلب زيد منه الشهادة بالملكية الفعلية، و قد عقد فى الوسائل بابا فى جواز الشهادة بالملك اعتمادا على الاستصحاب، و كذا الشهادة بعدم وارث آخر، و قد أورد فيه صحيحة معاوية بن وهب قال:

«قلت لأبی عبد اللّه- علیه السلام-: الرجل یکون له العبد و الأمة و قد عرف ذلک، فیقول: أبق غلامی أو أمتی. فیکلّفونه القضاة شاهدین بأنّ هذا غلامه أو أمته لم یبع و لم یهب، أ نشهد علی هذا إذا کلّفناه؟ قال: نعم» «۳».

و لکن یعارضها ما فی معتبرته الأخری الّتی یمکن التعبیر عنها

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۳۵.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۸ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۳۵.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳: ۲۴۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۷

ساکت، قال فی المبسوط: صار متحمّلا لأنّ سکوته فی معرض ذلک رضا بقوله

بالصحیحة، حیث إنّ الراوی عن معاویة بن وهب یونس بن عبد الرحمن، و للشیخ إلی روایاته و کتبه طریق معتبر، قال: «قلت لأبی عبد اللّه- علیه السلام-: الرجل یکون فی داره ثمّ یغیب عنها ثلاثین سنة و یدع فیها عیاله، ثمّ یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما أحدث فی داره، و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلّا أنّا لا نعلم أنّه أحدث فی داره شیئا و لا حدث له ولد، و لا تقسم هذه الدار علی ورثته الذین ترک فی الدار حتّی یشهد شاهدا عدل انّ هذه الدار دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان، أو نشهد علی هذا؟ قال: نعم، قلت: الرجل یکون له العبد و الأمة فیقول: أبق غلامی و أبقت أمتی، فیؤخذ بالبلد فیکلّفه القاضی البینة انّ هذا غلام فلان لم یبعه و لم یهبه، أ فنشهد علی هذا إذا کلّفناه و نحن لم نعلم أنّه أحدث شیئا؟ فقال: کلّما غاب عن ید المرء المسلم غلامه أو أمته أو غاب عنک لم تشهد به» «۱».

و یجمع بین هذه و ما قبلها بتجویز الشهادة بالحالة السابقة و عدم الشهادة بالحالة الفعلیة، بشهادة صحیحته الأخری قال: «قلت له: انّ ابن أبی لیلی یسألنی الشهادة عن هذه الدار مات فلان و ترکها میراثا، و انّه لیس له وارث غیر الذی شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمک، قلت: انّ ابن أبی لیلی یحلفنا الغموس، فقال: احلف إنّما هو علی علمک» «۲».

و علی الجملة، انّ الشهادة هی الأخبار بما علمه بحسّه، و لا یکون الاستصحاب علما حقیقة، فضلا عن کونه علما بحسّ الواقعة، و إذا کانت الواقعة مورد المخاصمة بحیث یحتاج إلی فصلها بالقضاء فلا ینفذ فیها إلّا الشهادة

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۴۶.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۷ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۴۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۸

عرفا، و هو بعید لاحتماله غیر الرضا.

المتقدمة، أخذا بما دلّ علی أنّ القضاء بالبینة و الحلف، فمن یدعی خلاف الشهادة المتقدمة فعلیه إقامة البیّنة علی دعواه، فإنّ من یکون قوله علی خلاف الاستصحاب مدّع مع عدم کون العین بیده.

و أمّا إذا لم یکن فی البین مخاصمة کالدار المفروضة فی الصحیحة و المعتبرة فعلی القاضی الحکم علی طبق الحالة السابقة، أخذا بالاستصحاب، و لکن هذا الحکم لیس من القضاء فی الواقعة بل هو تعیین الوظیفة فیها علی من لا یعلم خلافها.

و لو لم يكن القاضى ملتفتا انّ الوظيفة هى الأخذ بالحالة السابقة، فللشاهد أن يشهد بالملكية الفعليّة، و شهادته بها ليست من الشهادة التى مدرك القضاء، حيث إنّه بيان الوظيفة الفعلية فى الواقعة، و يمكن أن يحمل على ذلك الصحيحة الأولى، حيث لم يفرض فيها دعوى الحرية من الغلام و الأمة أو دعوى آخر ملكيتهما، و هذا مع اعتبار الاستصحاب، و أمّا مع عدمه كما إذا كانت العين التى يعلم الشاهدان بأنّها كانت ملك فلان بيد شخص آخر يدعى ملكيتها، و يعترف بأنّها انتقلت ممّن يشهد الشاهدان بأنّها كانت فى السابق ملكه، فلا تسمع الشهادة بالملكية السابقة أصلا.

الأمر الثانى: جواز الشهادة بملكية العين استنادا إلى يده عليها، فهل الشهادة بالملكية استنادا إليها كالشهادة بها استنادا إلى الاستصحاب، أو أنّ الشهادة استنادا إلى اليد نافذة تصح كونها مدرك القضاء، نتعرض لهذا الأمر فى المسألة الأولى من المسائل الآتية.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۱۹

[تفريع على القول بالاستفاضة]

اشارة

تفريع على القول بالاستفاضة:

[الأوّل: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب]

الأوّل: الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، مثل البيع و الهبة و الاستغنام، لأنّ ذلك لا يثبت بالاستفاضة (۱)، فلا يعزى الملك إليه مع إثباته بالشهادة

---

(۱) ذكر- قدّس سرّه- تفريعين على القول بسماع الشهادة التى استند الشاهد فيها إلى الاستفاضة:

الأوّل: انّ الشاهد بالملك بالاستناد إليها لا يجوز له أن يشهد بالسبب الذى استفاض خبر الملك بذلك السبب، لكن لا بمعنى أنّ شهادته بالسبب غير نافذة، كما إذا ذكر انّ زيدا يملك العين الفلانية بالشراء أو بالاتّهاب أو بالاستغنام أو غير ذلك، لأنّ هذه الأسباب لا تتحمّل الشهادة بها بالاستفاضة، فيكون الشهادة بها مخلّة. نعم إذا ذكر السبب فيما يثبت ذلك السبب كالملك بالاستفاضة، كما إذا شهد أنّ العين الفلانية ملك زيد إرثا من أبيه صحّت، لأنّ الموت أيضا يثبت بالاستفاضة.

ثمّ أورد على ذلك بأنّ ذكر السبب مع الشهادة بالملك لا يضرّ، غايته أن تكون الشهادة بالسبب ملغاة.

أقول: قد أشرنا إلى أنّ مراد من ذكر انّ الشاهد بالاستفاضة لا يشهد بالسبب، ليس بمعنى اعتبار عدم ذكره فى سماع شهادته.

و تظهر الثمرة فى سماع الشهادة بالملك دون السبب، فيما إذا كان فى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۰

المستندة إلى الاستفاضة، إمّا لو عزاه إلى الميراث صحّ، لأنّه يكون عن الموت الذى يثبت بالاستفاضة، و الفرق تكلّف لأنّ الملك إذا ثبت بالاستفاضة، لم تقدح الضميمة مع حصول ما يقتضى جواز الشهادة.

البين مدع آخر لتلك العين و له شهود بالملك و السبب، و كانت شهادتهم غير مستندة إلى الاستفاضة تقدم بيّنته على صاحب البينة بالاستفاضة لثبوت السبب المملك بها من غير معارض، على ما تقدم فى تعارض البيّنتين، و هذا بخلاف ما إذا كان السبب أيضا ممّا

يثبت بالاستفاضة كالملك بالإرث، فإنّ البينة المستندة إلى الاستفاضة تعارض الأخرى فى السبب أيضا.
و ذكر فى الجواهر أنّه: إذا شهد بالملك مع السبب و كانت الشهادة مستندة إلى الاستفاضة يؤخذ بشهادته بالإضافة إلى الملك دون السبب، لأن التبعيض فى الشهادة أمر معروف، و هذا ظاهر فيما إذا شهدت بالملك و انّه بالبيع، و أمّا إذا قال إنّه قد ملكها بالشراء فقد يشكل القبول، لأنّ الشهادة واحدة و عدم ثبوت خصوصية الملك أى فصله يوجب عدم ثبوت الجنس.

تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۵۲۰
أقول: لا يخفى ما فيه، فإنّ الملك لا يكون من قبيل الجنس و الشراء من قبيل الفصل، بل هو من قبيل الشهادة بالموضوع و أثره، و لو سمعت بالإضافة إلى الأثر لكونه عاما، و لا يختص بذلك الموضوع، فلا مانع من عدم ثبوت الموضوع، كما فى الشهادة بالسرقة بواحد و يمين حيث يثبت ضمان الملك، و لا يثبت عنوان السرقة ليقطع يده.
أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۱

[الثانى: إذا شهد بالملک مستندا إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد و التصرّف؟]

اشارة

الثانى: إذا شهد بالملك مستندا إلى الاستفاضة هل يفتقر إلى مشاهدة اليد و التصرّف؟ الوجه لا (۱)، أمّا لو كان لواحد يد و لآخر سماع مستفيض، فالوجه ترجيح اليد، لأنّ السماع قد يحتمل اضافة الاختصاص المطلق المحتمل للملك و غيره، و لا تزال اليد بالمحتمل.

---

(۱) و ذكر فى التفريع الثانى على سماع البينة المستندة إلى الاستفاضة، أنّه لا يعتبر فى سماعها أن يرى الشاهد العين بيد المشهود له و تصرفه فيها بالبناء و الهدم و الإجارة و غيرها من التصرفات، و لو كان مدّع آخر بتلك العين و له شاهد يستند فى شهادته إلى اليد و التصرف، يقدم الشهادة المستندة إلى اليد المستمرة على العين، و علّل ذلك بأنّه يمكن اضافة المال إلى شخص لا لكونه مالكا.
بل عبارته- قدّس سرّه- تعطى انّه لو كانت لأحد فى عين اليد المتصرفة فيها، و للآخر سماع الاستفاضة بأنّها له، يحكم بأنّها لذى اليد المتصرفة فيها، لأنّ الاستفاضة يحتمل اختصاصها بغير الملك، بخلاف اليد المتصرفة فيها و المستمرة عليها، فإنّها لا يحتمل فيها غير الملك.
و قد يقال بأنّ تقديم اليد المتصرفة على الاستفاضة، فيما إذا كانت الاستفاضة بأنّ العين لفلان، حيث يحتمل اللام الدالة على الاختصاص غير الملك، و أمّا إذا كانت الاستفاضة بأنّها ملك فلان، فيقدم على اليد المتصرفة، كما هو لازم ثبوت دعوى الملك بالبينة المستندة إلى الشياع.
أقول: لو كانت الاستفاضة معتبرة كما تقدم التفصيل، تسقط اعتبار اليد المتصرفة، بلا فرق بين استفاضة أنّ العين لزيد أو ملك زيد، لأنّ ظاهر نسبة المال إلى شخص و إضافته إليه باللام الملكية، و لا فرق فى اعتبار الظهور فى موارد الاخبار بالموضوع أو الحكم، و لو لم تكن الاستفاضة معتبرة كما إذا لم توجب الوثوق و الاطمئنان، فلا موجب لرفع اليد عن مقتضى قاعدة اليد، و هو ترتيب آثار

المالكية لذى اليد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۲

[مسائل ثلاث]

اشارة

مسائل ثلاث:

[الأولى: لا ريب انّ التصرّف بالبناء و الهدم و الإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق]

الأولى: لا ريب انّ التصرّف بالبناء و الهدم و الإجارة بغير منازع يشهد له بالملك المطلق (۱). و أمّا من فى يده دار فلا شبهة فى جواز الشهادة له باليد، و هل

(۱) ذكر- قدّس سرّه- أنّه إذا كان شخص يتصرف فى عين بالبناء و الهدم و الإجارة و غير ذلك من التصرفات و لم يكن منازع ينازعه فى ملكها، يجوز أن يشهد بأنّ العين المزبورة ملك له، و ادّعى انّ جواز الشهادة بملكها له لا ريب فيه.

و أمّا إذا كانت عين بيد واحد، فإن شهد الشاهد بيده على العين فهذه الشهادة جائزة تكليفا و وضعا، و أمّا إذا أراد أن يشهد بملكه للعين، فجواز الشهادة مشكل، و إن قيل بجوازها، و على الجواز رواية أيضا.

و الوجه فى الاشكال انّ اليد على العين لو كانت موجبة لملك ذى اليد فلازمه انّ لا تسمع الدعوى على ذى اليد فى ملكيتها، فانّ قول المدعى بها مرجعه إنّ هذه العين التى ملك لذى اليد ملكى.

و قد أورد على الماتن- قدّس سرّه-: لو كان منشأ الاشكال فى جواز الشهادة بالملك لذى اليد ذلك، لجرى هذا الإشكال فى الشهادة بالملك للمتصرف فى العين بلا منازع، لأنّ المتصرف المزبور ان أوجب كون العين له فلا تسمع دعوى أحد عليها فى ملكيتها، لأنّ مرجع قول المدعى هو انّ العين التى ملك المتصرف ملكى.

و هذا النقص وارد على استدلاله، و ان تصدى فى الرياض لبيان الفرق، و لكن لا سبيل إلى الإتيان بالفارق.

و الوجه فى ذلك: انّ التصرف فى العين أو اليد فيه ليس من الأسباب المملّكة، كالأحياء أو البيع و الشراء، و غير ذلك من موجبات الملك، بل كلّ منهما؟؟؟ امارة؟؟؟ بملك العين، و اعتبار الامارة يختص بحق الجاهل بالواقع، و الذى يعلم

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۳

يشهد له بالملك المطلق؟ قيل: نعم، و هو المروى، و فيه اشكال من حيث انّ اليد لو أوجبت الملك له، لم يسمع دعوى من يقول: الدار التى فى يد هذا لى، كما لا تسمع

الواقع و انّ العين ليس بملك المتصرف فيها أو لذى اليد، فله أن يدعى عليهما فى العين المزبورة.

و على ذلك، فإن قلنا بأنّه يكفى فى شهادة الشاهد بالواقع إحرازه بالأمارة المعتبرة و لو فى الملك المطلق، فله أن يشهد بملكية العين للمتصرّف أو لذى اليد، و إن قلنا باعتبار العلم الوجدانى بحسّ الواقع كما تقدم، فتشكل الشهادة بملكيتها من غير فرق بينهما.

و دعوى الإجماع و التسالم على جواز الشهادة بملكية العين للمتصرّف المستمر فيها بخلاف الشهادة بملكيته لذى اليد عليها، لا يمكن المساعدة عليها، لعدم إحراز التسالم و الإجماع التعبدى فى الأوّل.

و يمكن التفرقة بينها بما ذكرنا سابقا، من أنّ حسّ الواقع أعم من أن يكون بنفسه أو بأثره، و استمرار شخص على التصرّفات في عين بالتصرّف الموقوف على ملكها طول زمان من غير منازع و نكير يعدّ من أثر الملكية الواقعية، بخلاف مجرّد اليد على عين، فإنّ اليد و ان تكون أمارة معتبرة بمالكية ذى اليد، إلّا أنّها لا يوجب العلم بها فضلا عن ان يكون من أثر المحسوس لها، و لكن مع ذلك هذا الفرق أيضا لا يخلو عن تأمّل.

و لكن قيل بجواز الشهادة بالملك باليد على العين، و يستدل عليه برواية حفص بن غياث عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قال له رجل إذا رأيت شيئا فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنّه له؟ قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنّه فى يده و لا أشهد أنّه له فلعلّه لغيره، فقال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: أ فيحل الشراء منه؟

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۴

لو قال: ملكك هذا لى.

قال: نعم، فقال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: فلعلّه لغيره فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكا لك، ثم تقول بعد الملك: هو لى، و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد اللّه- عليه السلام-: لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق» «۱».

أقول: ما يذكر فى المقام من عدم سماع بينة الملك المستندة إلى اليد، المراد مقام الترافع و التنازع، و أمّا فى غير ذلك، كما إذا أراد إنسان شراء متاع من آخر، فالقول بأنّ ذا اليد مالكه جائز بلا اشكال، حيث بعد اعتبار اليد امارة بالملك يعلم بأنّه مالك. و قد تقدم أيضا أنّ البينة بكون عين بيد فلان توجب كونه المدعى عليه فى دعوى الآخر ملكيتها.

فينحصر الكلام فى أنّه إذا ادعى أحد على الآخر انه مالك العين دونه فإن أقام بينة فاللازم أن يشهد الشهود بالملكية المحرزة لهم من غير ناحية اليد، بأن كان إحرازهم بحضورهم شرائها أو إرثها، و لو شهدوا بالملكية باليد فان كانت العين عند شهادتهم بيد المدعى عليه فشهادتهم كاذبة، و إن لم تكن بيده فتجعل شهادتهم المشهود له المدعى عليه فى الواقعة، فله الحلف على نفى دعوى الآخر ان لم يكن للآخر بينة معتبرة.

و رواية غياث مع ضعف سندها بقاسم بن يحيى غير ناظرة إلى الشهادة فى مقام الترافع، بل ناظرة إلى الشهادة بمعنى الاخبار بملكية ذى اليد، و قوله فى مقام الدعوى عليه كما يظهر ذلك بملاحظة صدرها و ذيلها الوارد فيه: لو لم يكن هذا لما قام للمسلمين سوق.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۲۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۵

[الثانية: الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضة]

الثانية: الوقف و النكاح يثبت بالاستفاضة (۱)، أمّا على ما قلناه فلا ريب فيه، و أمّا على الاستفاضة المفيدة لغالب الظن، فلأنّ الوقف للتأبيد، فلو لم يسمع فيه الاستفاضة لبطلت الوقوف، مع امتداد الأوقاف و فناء الشهود.

و يظهر ما ذكرنا ممّا ورد فى تعارض البينات مع كون العين فى يد أحد المتنازعين و اقامة كل منهما البينة على أنّها ملك له، و وجه الظهور أنّ ملاحظة ما ورد يوحى أنّ المغروس فى أذهان السائلين هو أنّه إذا اختصّت البينة بالمدعى لثبت دعواه على ذى اليد، و لذا فرضوا اقامة كلّ منهما البينة بملكية العين له، و هذه البينة لا يمكن أن تكون مستندة إلى مجرّد اليد و إلّا لم يكن معنى لتقديمها على

اليد فى الآخر كما ذكرنا، لمعلومية كذبها كما لا يخفى.

(۱) المعروف بأنّ الوقف و النكاح يثبت كلّ منهما بالاستفاضة، و لكن لا يختص الثبوت بهما بل يجرى فى غيرهما ممّا تقدم آنفا. و ذكر- قدّس سرّه- انّه بناء على اشتراط الاستفاضة المفيدة للعلم و اليقين فلا كلام فى الثبوت، و أمّا لو لم تكن مفيدة إلّا الظن الغالب فيمكن أن يقال فى وجه ثبوت الوقف بها، بأنّ الوقف للتأبيد فلو لم تسمع فى ثبوت الوقف هذه الاستفاضة لبطلت الوقوف مع توالى العصور لانقضاء الشهود الأصل، و اعتبار شهود الفرع يختصّ بالشهود بشهادة شهود الأصل.

كما يمكن أن يقال فى وجه ثبوت النكاح بها، بأنّه لو لم يثبت النكاح بالاستفاضة لما صحّ لنا الحكم بأنّ خديجة- سلام اللّه عليها- زوجة النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم، كما لا يصحّ أن نقول بأنّها أمّ فاطمة- سلام اللّه عليها-، و دعوى انّ ثبوت ذلك بالتواتر لا تفيد، فإنّ أخبار المخبرين فى الطبقات لا بدّ من أن تنتهى إلى أخبار الطبقة المخبرة بالواقعة المحسوسة لهم، و من الظاهر أنّه لم تكن فى الطبقة الأولى حسّ بنكاحها أو بإقرار النبىّ بالمشاهدة و السماع بعدد التواتر، بل غايته الانتهاء إلى الاستفاضة، و ذكر

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۶

و أمّا النكاح، فلأنّا نقضى بأنّ خديجة- عليها السلام- زوجة النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم كما نقضى بأنّها أمّ فاطمة- عليها السلام-، و لو قيل: انّ الزوجية تثبت بالتواتر، كان لنا أن نقول:

التواتر لا يتمّ إلّا إذا استند السماع إلى المحسوس، و من المعلوم إنّ المخبرين لم يخبروا عن مشاهدة العقد و لا عن إقرار النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم، بل نقل الطبقات متصل إلى الاستفاضة التى هى الطبقة الأولى، و لعل هذا أشبه بالصواب.

فى آخر كلامه انّ الثبوت بالاستفاضة أشبه بالصواب.

و ذكر فى الجواهر: إنّ غرض المصنف من هذا الكلام غير ظاهر، فان كان المراد الاستفاضة الموجبة للعلم و انّ القاضى فى مقام القضاء يحكم بالنكاح و الوقف، فهذا لا يختص بالنكاح و الوقف، و إن كان المراد الاستفاضة غير الموجبة للعلم، و انّ الحكم بهذه الاستفاضة يختص بهما فهذا أيضا مشكل، لأنّ ثبوت النسب بها أولى منهما.

أقول: قد تقدم الحكم بالاستفاضة أو بالبينة القائمة بها قضاء أو بنحو الإفتاء، فلا نعيد.

و نقل- قدّس سرّه- عن المسالك انّ الاستفاضة فى تزويج خديجة- سلام اللّه عليها- كانت بحدّ التواتر فى الطبقة الأولى السامعين للعقد، فإنّ النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى ذلك الوقت كان من أعلى قريش، و عمّه أبو طالب المتولى لتزويجه كان رئيس بنى هاشم و شيخهم و من إليه مرجع قريش، و خديجة- سلام اللّه عليها- كانت من أجلاء بيوتات قريش، و كانت خطبة أبى طالب فى المسجد الحرام بجمع من قريش ممن يزيد عددهم على عدد التواتر، و على ذلك فدعوى عدم استناد الطبقة الأولى إلى سماع العقد و مشاهدته إلا بحدّ الاستفاضة المفيدة للظن الغالب ضعيفة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۷

[الثالثة: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة و أداؤها]

الثالثة: الأخرس يصحّ منه تحمّل الشهادة و أداؤها، و يبنى على ما يتحققه الحاكم من إشارته (۱)، فإن جهلها اعتمد فيها على ترجمة العارف بإشارته، نعم

و ناقش فى هذا الكلام، بأنّ لحاظ التزويج فى بنات السلاطين و أولادهم يقضى أن علوّ المقام و شهرة الشخص لا يستلزم سماع العقد العدد المعتبر فى التواتر، نعم دعوى كون الاستفاضة من الطبقة الأولى مفيدة للعلم و إن لم يكن بحد التواتر، نظير الاستفاضة فى

البلدان و الملوك و غير ذلك صحيحة.

أقول: قد تقدم انّ الاستفاضة لو كانت بحيث و لو بملاحظة الأمور الخارجة عنها، يوجب لكلّ من اطلع عليها الجزم بالواقع، يعدّ ذلك من حسّ الشيء بالأثر، فيصحّ الحكم بها و الاعتماد على البنية القائمة بتلك الاستفاضة.

(۱) يصحّ للأخرس تحمل الشهادة و أدائها، و يلاحظ الحاكم ما يفهم من إشارته، كما يلاحظ ما يفهم من عبارة غيره من الشهود، و ان جهل الحاكم إشارته اعتمد على العارف بها، كما يعتمد على المترجم فيما كان شهادة الشاهد بلغة لا يعرفها الحاكم.

و ذكروا أنّه يعتبر فى المترجم التعدّد، فإنّ الترجمة أيضا تدخل فى الشهادة بما أظهر الآخر من مراده، و لكن قد تقدم عدم ثبوت دليل على اعتبار التعدد بعد كون الترجمة تفسيرا لاشارته أو ما يتلفظ به.

و كيفما كان فلا تكون الترجمة من الشهادة على الشهادة بأن تحسب أنّها شهادة على شهادة الأصل بالواقعة، بل ثبوت الواقعة بشهادة الأصل، أى الأخرس أو غيره ممّن يترجم كلامه، و لذا يعتبر وقوع إشارة الأخرس فى محضر الحاكم،

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۸

يفتقر إلى مترجمين، و لا يكون المترجمان شاهدين على شهادته، بل يثبت الحكم بشهادته أصلا، لا بشهادة المترجمين فرعا.

و لو كانت الترجمة من شهادة الفرع فلا تسمع، لأنّه يعتبر فى سماع شهادة الفرع عدم حضور شاهد الأصل مجلس الحكم.

ثمّ إنّه قد ذكر فى النافع و الرياض انّ العارف بإشارة الأخرس فى مقام الشهادة بإقراره يجب أن يشهد بإشارته التى رآها منه، بأن يحكى نفس إشارته أوّلا- ثمّ يقول انّه أراد ذلك منها، و ان اقتصر على ذكر ما فهمه من إشارته لا- تسمع ترجمته، و علّلوا ذلك باحتمال خطأ المترجم فى الفهم فيلزم الكذب فى إقراره.

و ذكر فى الرياض: لعلّ مراد من علّل لزوم حكاية نفس الإشارة بأنّه لولاها لزم الكذب هو احتمال لزومه، ثمّ وجّه التعليل بلزوم الكذب بأن الإقرار معناه حقيقة هو الاخبار عن الحق باللفظ الدال عليه، و إطلاقه على الاخبار عنه بالإشارة بنحو من المجاز، فلو اقتصر العارف ببيان نفس ما فهمه من إشارة الأخرس كان منصرف كلامه أنّه تكلّم بذلك، فيكون كذبا، بخلاف ما حكى إشارته أوّلا، و ردّه بأنّ كونه أخرس قرينة حال واضحة بأنّ المراد إشارته لا تكلّمه.

أقول: لا- يخفى الشاهد بإقرار الأخرس أو بغير إقراره لا يلزم عليه حكاية إشارته أوّلا، كما لا يلزم على المترجم لكلام من لا يعرف الحاكم أو غيره لغته أن يحكى نفس ألفاظه أوّلا، بل اخباره بأنّ المفهوم عند من يعرف إشارة الأخرس ذلك أو أنّ المفهوم من كلام المتكلم بلغة أخرى عند أهل محاوراته ذلك كفى فى الاعتماد عليه، مع كون المخبر عارفا ثقة، و اللّه العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۲۹

[الثالث: ما يفتقر إلى السماع و المشاهدة كالنكاح و البيع]

الثالث: ما يفتقر إلى السماع و المشاهدة (۱) كالنكاح و البيع و الشراء و الصلح و الإجارة، فإنّ حاسة السمع يكفى فى فهم اللفظ، و يحتاج إلى البصر لمعرفة اللافظ، و لا بأس فى شهادة من اجتمع له الحاستان.

أمّا الأعمى، فتقبل شهادته فى العقد قطعا، لتحقّق الآلة الكافية فى فهمه

---

(۱) الثالث من المستند فى تحمّل الشهادة سماع الشاهد و مشاهدته معا، و هذا فى تحمّل الشهادة بالعقود و الإيقاعات و نحوهما، فإنّ تحمل الشهادة بنفس العقد أو الإيقاع و نحوهما يكون بالسّماع و التعرف على العاقد و الموقع يكون بالمشاهدة، و عليه فلو اجتمع للشاهد حاستان فلا إشكال فى شهادته تحملا و أداء.

و أمّا الأعمى، فتقبل شهادته بالعقد و الإيقاع، و أمّا بالإضافة إلى العاقد و الموقع فلا تقبل إلّا فى صورتين:

أحدهما: ما إذا كان عند تحمّله الشهادة معرفان يعرفانه العاقد أو الموقع، و فى هذه الصورة يجوز للأعمى الشهادة بالعقد و عاقده، و يحسب الأعمى من شاهد الأصل بالإضافة إلى العقد و عاقده، و هذا يجرى فى شهادة البصير أيضا، فإنّه يجوز للبصير تعرّفه بمن يتحمّل الشهادة له بالمعرفان.

و ربّما يستدل على ذلك بصحيحة محمّد بن قيس قال: «سألت أبا جعفر- عليه السلام- عن الأعمى تجوز شهادته؟ قال: نعم إذا أثبت» «۱»، فإنّ الإثبات يصدق مع التعرف بالعاقد كما ذكر.

و يظهر ذلك من صحيحة على بن يقطين عن أبى الحسن الأوّل قال: «لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة، و ليست بمسفرة، إذا عرفت بعينها أو حضر

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۹۶.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۰

فإن انضم إلى شهادته معرفان جاز له الشهادة على العاقد، مستندا إلى تعريفهما، كما يشهد المبصر على تعريف غيره، و لو لم يحصل ذلك و عرف هو صوت العاقد معرفة يزول معها الاشتباه، قيل: لا يقبل لأنّ الأصوات تتماثل، و الوجه أنّها تقبل، فإن الاحتمال يندفع باليقين، لأنّا نتكلّم على تقديره.

من يعرفها، فأمّا إذا كانت لا تعرف بعينها و لا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشّهود أن يشهدوا عليها أو على إقرارها دون أن تسفر و ينظرون إليها» «۱».

و لكن المحكى عن جماعة أنّه لا يجوز للأعمى أن يشهد فى صورة التعريف على العاقد مطلقا، بل عليه أن يقول مثلا: اشهد على زيد بتعريف فلان و فلان، و يحتمل أن يكون مراد الماتن أيضا من عبارته ذلك، ففى الحقيقة تكون شهادة الأعمى بالإضافة إلى العاقد من شهادة الفرع، غاية الأمر لا يعتبر فى شهادة الفرع فى المقام التعدد، فالأعمى بانفراده يشهد بالشهادة على العاقد، حيث انّ المعرّفين فى مفروض الكلام يحسبان شاهدين للعاقد أو الموقع، و الأعمى يشهد بشهادتهما.

و علّلوا عدم جواز شهادة الأعمى بالعاقد فى الفرض مطلقا، بأنّ فى شهادته مطلقا إيهاما بعرفانه العاقد بنفسه و يقطع الطريق على الخصم فى الواقعة لو أراد الجرح فى شهود التعريف.

و الثانية: ما إذا أحرز الأعمى بنفسه و عرفه بصوته، ففى هذه الصورة الصادق عليها الإثبات تسمع شهادته مطلقا على العاقد و الموقع، و ان ناقش بعضهم كالشيخ فى الخلاف فى شهادته بالإضافة إلى العاقد، و ذكر أنّها لا تقبل لأنّ الأصوات تتماثل، و فيه أنّ هذا خلاف الفرض اليقين بالعاقد و عرفانه كعرفان الأعمى ابنه و بنته و صديقه إلى غير ذلك.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۹۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۱

و بالجملة: فإنّ الأعمى تصحّ شهادته متحمّلا و مؤدّيا، عن علمه و عن الاستفاضة فيما يشهد به بالاستفاضة.

و لو تحمّل شهادة و هو مبصر ثمّ عمى، فإن عرف نسب المشهود به أقام الشهادة، و إن شهد على العين و عرف الصوت يقينا جاز أيضا، أمّا شهادته على المقبوض فماضية قطعا و تقبل شهادته إذا ترجم للحاكم عبارة حاضر عنده.

أقول: إذا ذكر الأعمى فى شهادته أنّه قد أثبت العاقد و الموقع، فهذا المقدار كاف فى قبول شهادته، كما هو ظاهر الصحيحتين، و لو فرض انّ الأعمى تحمّل الشهادة على المقبوض بيده إلى أن أدّى الشهادة عليه، فشهادته ماضية قطعا، فلا يرد فى الفرض ما ذكروا من المناقشة فى سماع شهادته فى الصورتين المتقدمتين.

و لكن ناقش فى المسالك فى هذا الفرض أيضا بأنّ تحقق هذا الفرض و تصويره عسر، فاللائق أن يقال بعدم سماع شهادة الأعمى بالإضافة إلى ما يكون تحمّل الشهادة به بالمشاهدة، حسما لباب الشبهة، نظير حسم مادّتها فى عدم قبول شهادة الفاسق.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ النهى عن سماع شهادة الفاسق مطلقا لم يدع لسماع شهادته موردا إلّا بالإضافة إلى الإقرار على نفسه، و أمّا شهادة الأعمى فقد ورد الأمر بسماع شهادته إذا أثبت، سواء كان مورد إثباته فرضا نادرا أم غير نادر، عسرا عليه أم لا، فلا مورد للتأمّل فى سماع شهادته مع عدله و إثباته، كما لا تأمّل فى قبول ترجمته إذا ترجم للحاكم عبارة غيره ممن لا يعرف الحاكم لغته.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۲

[الطرف الثالث: فى أقسام الحقوق]

اشارة

الطرف الثالث:

فى أقسام الحقوق و هى قسمان: حقّ اللّه سبحانه، و حقّ الآدمى.

[و الأوّل منه: ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال]

و الأوّل منه: ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال، كالزنا و اللواط و السحق (۱)، و فى

---

(۱) اشتهر فى كلمات الأصحاب تقسيم الحقوق إلى حقوق اللّه و حقوق الآدمى، و ذكروا أنّ فى حقوق اللّه سبحانه ما لا يثبت إلّا بأربعة رجال، و ادّعوا الإجماع بأنّ كلّا من الزنا و اللواط و المساحقة لا يثبت إلّا بأربعة رجال.

و يشهد لاعتبار أربعة رجال فى الزنا الكتاب المجيد و الروايات، بل الاعتبار من ضروريات الفقه، قال اللّه سبحانه وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمٰانِينَ جَلْدَةً «۱»، و قوله سبحانه وَ اللّٰاتِى يَأْتِينَ الْفٰاحِشَةَ مِنْ نِسٰائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِى الْبُيُوتِ حَتّٰى يَتَوَفّٰاهُنَّ الْمَوْتُ «۲»، و قال تعالى وَ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنٰاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدٰاءَ.

و فى صحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- عن على- عليه السلام-:

---

(۱) النور: ۴.

(۲) النساء: ۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۳

إتيان البهائم قولان، أصحّهما ثبوته بشاهدين.

«لا يرجم رجل و لا امرأة حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج و الإخراج» «۱».

و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «حدّ الرجم أن يشهد أربع أنّهم رأوه يدخل و يخرج» «۲»، إلى غير ذلك، و هذا بالإضافة إلى الزنا.

و أمّا بالإضافة إلى اللواط، فقد ذكرنا أنّ الحكم متسالم عليه عندهم، و يمكن الاستدلال عليه بما ورد من ثبوته بالإقرار أربع مرات كالزنا، و ورد أيضا بأنّ كل إقرار يحسب شهادة.

و فى صحيحة مالك بن عطية عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «بينما أمير المؤمنين- عليه السلام- فى ملاء من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إنى أوقبت غلاما فطهرنى- إلى أن قال:- فلمّا كان فى الرابعة قال له: يا هذا إنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم حكم فى مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيّهن شئت، الحديث» «۳».

و إذا انضم ذلك إلى ما ورد فى معتبرة سعد بن ظريف فى أربع اقرارات اللّهمّ أنّى قد أثبت ذلك عليها أربع شهادات»، تكون النتيجة ثبوت اللواط بشهادة أربعة رجال.

و يمكن الاستدلال أيضا إنّ مقتضى الآية المباركة وَ اللّاتِي يَأْتِينَ الْفاحِشَةَ مِنْ نِسائِكُمْ «۴»، عدم الفرق بين الزنا و السحق فى اعتبار استشهاد الأربعة، و إذا كان الاستشهاد كذلك معتبرا فى السحق فلا يحتمل عدم جريانه فى ثبوت اللواط.

و أمّا إتيان البهيمة فلا يعتبر فى ثبوته الشهادة المزبورة، بل يؤخذ فيه بما ورد فى اعتبار البينة.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۳۷۱.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۳۷۱.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۵ من أبواب حد اللواط، الحديث ۵: ۴۲۳.

(۴) النساء: ۱۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۴

و يثبت الزنا خاصة بثلاثة رجال و امرأتين (۱)، و برجلين و أربع نساء، غير أنّ

---

(۱) يفترق الزنا عن اللواط و السحق بأنّ الزنا رجما و جلدا يثبت بشهادة ثلاثة رجال، فيما إذا انضم إليها شهادة امرأتين، فمع الإحصان يرجم و مع عدمه يجلد، و إذا انضم شهادة أربع نساء إلى شهادة رجلين يجلد و لا يرجم، بلا فرق بين الإحصان و عدمه، كما عليه الأكثر بل المشهور.

و فى صحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول:

لا- تجوز شهادة النساء فى رؤية الهلال، و لا يجوز فى الرجم شهادة رجلين و أربع نسوة، و يجوز فى ذلك ثلاثة رجال و امرأتان- الحديث» «۱».

و صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «سألته عن شهادة النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان و إذا كان رجلان و أربع نسوة لم تجز فى الرجم» «۲».

و إذا ثبت بشهادة ثلاثة رجال و شهادة امرأتين مع الإحصان الرجم، ثبت الجلد بها مع عدم الإحصان، حيث انّ ظاهر الصحيحتين كون تلك الشهادة طريق إلى ثبوت الزنا، و لكن ظاهرهما عدم ثبوت الرجم بشهادة رجلين و أربع نسوة، و أمّا ثبوت الجلد بها فلا دلالة لهما على ذلك نفيا و إثباتا، و لكن يلتزم بأنّه يثبت بشهادة رجلين مع أربع نسوة الجلد، بلا فرق بين الإحصان و عدمه.

و يشهد لذلك صحيحة أخرى عن الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «أنّه سئل عن رجل محصن فجر بامرأة فشهد عليه ثلاثة رجال و امرأتان وجب عليه الرجم، و ان شهد عليه رجلان و أربع نسوة فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰: ۲۶۰.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۶۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۵

الأخير لا يثبت به الرجم، و يثبت به الجلد، و لا يثبت بغير ذلك.

يضرب حدّ الزانى» «۱».

و المحكى عن الصدوق و العلامة فى المختلف و جمع آخر عدم ثبوت الجلد بشهادة رجلين و أربع نسوة، فإنّ هذه الشهادة إن كانت طريقا إلى ثبوت الزنا وجب الرجم مع الإحصان، و مع عدم كونها طريقا كما هو ظاهر الصحيحتين فلا موجب للجلد.

و لكن لا- يخفى انّ ما ذكر لا- يخرج عن طرح الصحيحة الأخيرة بلا- موجب، و على الجملة فمع شهادة رجلين و أربع نسوة يجلد الزانى، محصنا كان أو غيره.

لكن مع شهادة ثلاثة رجال و امرأتين يرجم مع الإحصان و يجلد بدونه، و المحكى عن بعض أصحابنا عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال و امرأتين بل يتعين فى الرجم شهادة أربعة رجال، للأصل و الآية المباركة الدالة على طريق ثبوت الزنا شهادة أربعة رجال، بعد معارضة الصحيحتين المتقدمتين بصحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم يجز فى الرجم و لا تجوز شهادة النساء فى القتل» «۲».

و ربّما يجاب بحمل هذه على التقية، لأنّ عدم الثبوت مذهب أكثر العامة، و عن الشيخ- قدّس سرّه- حملها عليها أو على اختلال شرائط الشهادة.

و ربّما يقال: انّ الحمل على اختلال شرائط الشهادة ليس من الجمع العرفى، و مع المعارضة لا تصل النوبة إلى الترجيح بمخالفة العامة إلّا بعد عدم الترجيح بموافقة الكتاب، و صحيحة محمد بن مسلم موافقة للآيات التى تدلّ على

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۰ من أبواب حد الزنا، الحديث ۱: ۴۰۱.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۸: ۲۶۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۶

....

ثبوت الزنا بأربعة رجال و إلّا يجلد القاذف.

بل الصحيح فى المقام الرجوع إلى ما ورد من الإطلاق فى رواية محمّد بن الفضيل، الّتى لا يبعد اعتبارها لكون المراد هو محمد بن القاسم بن الفضيل، قال:

«سألت أبا الحسن الرضا- عليه السلام- قلت له: تجوز شهادة النساء فى نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه، و ليس معهنّ رجل، و تجوز شهادتهن فى النكاح إذا كان معهنّ رجل، و تجوز شهادتهن فى حد الزنا إذا كان ثلاثة رجال و امرأتان، و لا تجوز شهادة رجلين و أربع نسوة فى الزنا و الرجم، و لا تجوز شهادتهنّ فى الطلاق و لا فى الدم» «۱».

فإنّه بعد فرض التساقط فى الصحيحتين و صحيحة محمّد بن مسلم بالإضافة إلى ثبوت الرجم، يؤخذ بإطلاق قوله- عليه السلام- فى

هذه الرواية: «و تجوز شهادتهن فی حد الزنا»، فانّ مقتضاه عدم الفرق بين كون الزنا موجبا للجلد أو الرجم.

و لكن لا يخفى أنّ موافقة الكتاب فی أحد المتعارضين مرجّح، لا أنّ الكتاب مرجع بعد تساقطهما، ليقال: إنّ مع وجود الإطلاق الدال على الثبوت لا تصل النوبة إلى الرجوع إلى الكتاب لوجود العام و المطلق الأخص.

و الصحيح حمل صحيحة محمد بن مسلم على التقية، لأنّ مضمونها عدم ثبوت الرجم بشهادة ثلاثة رجال و امرأتين، لا عدم ثبوت الزنا بها، ليكون موافقا للآيات الدالة إطلاقاتها على عدم ثبوت الزنا بغير شهادة أربعة رجال.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۵۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۷

و منه ما يثبت بشاهدين، و هو ما عدا ذلك من الجنايات الموجبة للحدود (۱)

---

(۱) الظاهر عدم الخلاف فی ثبوت غير ما ذكر من الزنا و اللواط و السحق و غير إتيان البهيمة من سائر موجبات الحدّ و التعزير بشهادة رجلين، و يقتضی ذلك ما ورد فی اعتبار البينة مطلقا، و خصوص ما ورد فی بعض الموجبات، ككون الشخص ساحرا أو زنديقا أو سارقا إلى غير ذلك.

و أمّا عدم ثبوت الموجبات للحدود بشهادة النساء، فمضافا إلى كونه مقتضى الأصل، يدلّ عليه غير واحد من الروايات، و فی معتبرة السكونی عن جعفر عن أبيه عن علی- عليه السلام- أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نكاح و لا فی حدود، إلّا فی الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» «۱».

فإنّ الاستثناء فيه قرينة على عموم المستثنى منه، فيؤخذ به فی الحدود، و مقتضاه عدم سماع شهادتهن فيها منفردات أو منضمات، و يرفع اليد عنه بالإضافة إلى ما ورد فی ثبوت الزنا بشهادتهن منضمات إلى الرجال على ما تقدم، كما يحمل عدم ثبوت النكاح بما إذا انفردن لما ورد فی سماع شهادتهن فيه.

و فی صحيحة العلاء عن أحدهما- عليه السلام- قال: «لا تجوز شهادة النساء فی الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن وحدهن؟ قال: نعم فی العذرة و النفساء» «۲»، و مقتضاها عدم سماع شهادتهن فی غيرهما، و منه موجبات الحدود، و نظيرها صحيحة محمد بن مسلم قال: «سألته تجوز شهادة النساء وحدهنّ؟ قال: نعم فی العذرة و النفساء» «۳».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۲: ۲۶۷.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۸: ۲۶۲.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۱۹: ۲۶۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۸

كالسرقة و شرب الخمر و الردّة، و لا يثبت شیء من حقوق اللّه تعالى بشاهد و امرأتين،

و فی صحيحة جميل بن دراج عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- قال: «قلنا: أ تجوز شهادة النساء فی الحدود؟ فقال: فی القتل وحده» «۱»، و مقتضاها عدم سماع شهادتهن فی غير القتل بلا فرق بين انفرادهن بالشهادة أو انضمامهن إلى الرجال، غاية الأمر يرفع اليد بالإضافة إلى انضمامهنّ إليهم فی ثبوت الزنا على ما تقدم.

و المراد بالقتل فيها بالإضافة إلى ثبوت الدية، و أمّا القود فلا يثبت بشهادتهنّ، كما يدل على ذلك و عدم سماع شهادتهن فی الحدود

معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علی- عليه السلام- قال: «لا تجوز شهادة النساء فی الحدود و لا فی القود» «۲»، و قد ذكرنا أنّه يرفع اليد عن إطلاق عدم الجواز صورة شهادتهنّ بالزنا مع الرجال.

و ما فی صحيحة محمد بن مسلم عن أبی عبد اللّه- عليه السلام-: «إذا شهد ثلاثة رجال و امرأتان لم يجز فی الرجم و لا تجوز شهادة النساء فی القتل» «۳»، و يحمل علی القود، حيث لا ينافی هذا التقييد بحمل صدرها علی التقية كما تقدم.

و هكذا الحال فی صحيحة ربعی عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- قال: «لا تجوز شهادة النساء فی القتل» «۴»، و يمكن اتحاد هذه مع سابقتها، فهما رواية واحدة.

و علی الجملة، مقتضی هذه الروايات عدم سماع شهادة النساء فی

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۵۸.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۲۹: ۲۶۴.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۲۸: ۲۶۴.

(۴) المصدر نفسه: الحديث ۲۷: ۲۶۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۳۹

و لا بشاهد و يمين، و لا بشهادة النساء منفردات و لو كثرن.

الحدود فی غير الشهادة بالزنا، حيث تسمع فيه شهادتهن إذا انضمّت إلی شهادة الرجال علی ما تقدم.

و لكن فی البين رواية مقتضاها سماع شهادة النساء مع الرجال فی جميع الحدود، و هی معتبرة عبد الرحمن قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء فی العذرة و المنفوس، و قال: تجوز شهادة النساء فی الحدود مع الرجال» «۱».

و لكن ما ورد فی ذيل الرواية لا يمكن الاعتماد عليه، فإنّ ما رواه فی التهذيب فی ذيل الرواية: «و قال: تجوز شهادة النساء فی الحدود مع الرجل» «۲»، و ما رواه فی الاستبصار: «و قال: تجوز شهادة النساء فی الحدود مع الرجال» «۳»، و قد أورد الحديث فی الكتابين عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمن.

فمن المحتمل أن يكون الصحيح هو ما فی الاستبصار فيكون ظاهرا فی اعتبار شهادة النساء مع شهادة الرجال، و هذا يختص بحد الزنا كما تقدم.

أضف إلی ذلك أن الكلينی أورد الحديث عن الحسين بن محمد عن معلی بن محمد عن الوشاء عن أبان عن عبد الرحمن بن أبی عبد اللّه «۴»، و ليس فيه هذا الذيل و لم يعهد أيضا العمل بالذيل بغير ما ذكرنا.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۱: ۲۶۲.

(۲) التهذيب ۶: ۲۷۰، الحديث ۷۲۸.

(۳) الاستبصار ۳: ۳۰ الحديث ۱۰۰.

(۴) الكافی ۷: ۳۹۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۰

[أمّا حقوق الآدمی فثلاثة]

اشارة

أمّا حقوق الآدمی (۱) فثلاثة،

[منها: ما لا يثبت إلّا بشاهدين]

منها: ما لا يثبت إلّا بشاهدين، و هو الطلاق

---

(۱) قد تقدم أنّ المعروف فی كلماتهم تقسيم الحق إلی حق اللّه سبحانه و حق الآدمی، و ما ذكروا من الضابط لكل من القسمين لا يرجع إلی وجه صحيح مستفاد من الخطابات الشرعية.

نعم الثابت فی بعض الموارد من قبيل الحق، بحيث يكون إقراره و إسقاطه بيد المكلف، سواءا كان حقا ماليا أم غيره، كالدين و حدّ القذف و حق القصاص و التغريم و الرهن و الشفعة و الخيار إلی غير ذلك، و قسم لا يقبل الاسقاط و لا رفع اليد عنه إلّا بوجه خاص، كالنكاح و الوقف و نظائرهما من العقد و الإيقاع و غير ذلك.

و ذكرنا الثبوت بشهادة العدلين فی كلّ ما يحتاج إلی ثبوته، غير ما تقدم فی الزنا و اللواط و المساحقة، فلا بدّ من التعرض للموارد التی يثبت فيها الشیء بغير شهادتهما أيضا بحسب ما يستفاد من الخطابات، سمّی الشیء بحق اللّه أو بحق الآدمی.

و قد قسّم الماتن ما سمّی بحق الآدمی إلی ثلاثة أقسام: الأوّل ما يثبت بشهادة عدلين خاصة، و ذكر الطلاق و الخلع و الوكالة و الوصية إليه و النسب و رؤية الأهلة منها، و تردد فی العتق و النكاح و القصاص، و ذكر أنّ الأظهر إلحاقها بالقسم الثانی، و هو ما يثبت بكل من شهادة العدلين و شهادة شاهد و امرأتين أو شاهد و يمين، و عدّ فی هذا القسم الديون و الأموال، كالقرض و القراض و الغصب، و عقود المعاوضات، كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجارات و المساقاة و الرهن و الوصية له و الجناية التی توجب الدية، و تردد فی الوقف، و ذكر انّ الأظهر ثبوته بشاهد و امرأتين و شاهد و يمين، و ذكر القسم الثالث، و هو ما يثبت بشهادة الرجال و النساء، سواء اشترطت فی سماع شهادتهن انضمام الرجال أم لم يشترط.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۱

و الخلع و الوكالة و الوصية إليه و النسب و رؤية الأهلة، و فی العتق و النكاح

أقول: ما ذكره- قدّس سرّه- من عدم ثبوت الطلاق بغير شهادة عدلين هو المشهور بين الأصحاب، و المحكی عن المبسوط أنّه قوّی ثبوته بشهادة النساء منضمات، و فی المسالك نسبته إلی جماعة، و فی كشف اللثام انّ الشهادة المعتبرة فی إجراء الطلاق هی شهادة العدلين، و أمّا ثبوته فی مقام المخاصمة بشهادة النساء منضمات محتمل.

و فيه: انّ ثبوته كاجرائه يكون بشهادة العدلين خاصة، كما هو مقتضی ظاهر الروايات، كصحيحة محمد بن مسلم قال: «قال: لا تجوز شهادة النساء فی الهلال و لا فی الطلاق» «۱»، فإنّ مقتضی إطلاقها عدم الفرق بين انفرادهن أو انضمام شهادتهن.

و فی صحيحة حماد بن عثمان عن أبی عبد اللّه- عليه السلام-: «لا تقبل شهادة النساء فی رؤية الهلال، و لا يقبل فی الهلال و لا فی الطلاق إلّا رجلان عدلان» «۲».

و فی صحيحة الحلبی عن أبی عبد اللّه- عليه السلام-: «انّه سئل عن شهادة النساء فی النكاح، فقال: تجوز إذا كان معهنّ رجل، و كان علی- عليه السلام- يقول: لا أجيزها فی الطلاق» «۳»، إلی غير ذلك.

و ما ذكر- قدّس سرّه- فى الخلع فإنّه يدخل فى الطلاق، و قد تقدم ما يدل على عدم ثبوته بغير شهادة العدلين، بلا فرق بين كون مدعى الخلع هو الزوج أو الزوجة، و لا ينافى اشتمال الخلع على المال فإنّ المال تابع و المقصود منه البينونة.

قال فى كشف اللثام: لو اتفقا على الطلاق و اختلفا فى أنّه بالخلع أو

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۸: ۲۶۰.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۱۷: ۲۶۲.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۲۵۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۲

و القصاص تردد، أظهره ثبوته بالشاهد و المرأتين.

بدونه فلا- شبهة فى أنّ النزاع فى المال، إلّا أن تكون المرأة هى المدعية بالخلع لتبطل رجعة الزوجة، فيحتاج ثبوته أيضا بشهادة العدلين.

أقول: يمكن أن يكون دعوى الزوج حصول البينونة بينهما بالطلاق، لئلّا تستحق المرأة مطالبته بالنفقة أيام عدّتها، فالمخاصمة فى نفس حصول البينونة، فلا تسمع دعوى الزوج الخلع إلّا بشاهدين و لو مع اتفاقهما على أصل وقوع الطلاق.

و كذا الحال فى دعوى الوكالة و الوصاية إليه، فإنّهما من دعوى النيابة و الولاية، بل الأمر كذلك فى مطلق الوصية غير التمليكية، لما تقدم من المطلقات الدالة على عدم قبول شهادة النساء منفردة أو منضمة فى غير العذرة و المنفوس و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه.

و فى معتبرة عبد الرحمن المتقدمة قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن المرأة يحضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأة تجوز شهادتها؟ قال: تجوز شهادة النساء فى العذرة و المنفوس «۱»، و هذه و ان شملت الوصية التمليكية أيضا، إلّا أنّه لو كانت المراد بالمرأة الجنس فيرفع اليد عن إطلاقها بالإضافة إلى الوصية التمليكيّة، و إن كان المراد المرأة الواحدة فيحمل المراد بالإضافة إلى الوصية التمليكيّة على عدم ثبوت تمامها بقرينة ما يأتى.

و كذا الحال فى دعوى النسب و رؤية الهلال، حيث ورد فى غير واحد من الروايات: «لا تجوز شهادة النساء فى الهلال» «۲».

نعم فى موثقة داود بن الحصين عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «لا تجوز

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۱ و ۱۷- ۱۸: ۲۶۲.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۱ و ۱۷- ۱۸: ۲۶۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۳

....

شهادة النساء فى الفطر إلّا شهادة رجلين عدلين، و لا بأس فى الصوم بشهادة النساء و لو امرأة واحدة» «۱».

و لكن ظاهرها جواز الصوم فيما إذا احتمل رمضان و لو بقول امرأة واحدة، و لا- بأس بالالتزام به، غايته يتبع فى الصوم ما ورد فى قصده على ما ذكر فى الصوم يوم الشك.

و على الجملة، ما ورد فى عدم قبول شهادة النساء فى الهلال يعمّ الهلال من رمضان أو غيره، كانت شهادتهن منضمة إلى شهادة رجل أم لا- و نظير ذلك دعوى النسب و لو كانت للإرث، أو دعوى الوقف و نحوه، فإنّ مقتضى الإطلاق فيما تقدم عدم سماع شهادة

النساء فيها بلا فرق بين ما انفردن فی شهادتهنّ أم لا.

لا يقال قد ورد فی صحيحة منصور بن حازم انّ أبا الحسن موسی بن جعفر- عليه السلام- قال: إذا شهد لطالب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز «۲»، و فی مرسلة يونس عمّن رواه قال: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعی، فإن لم يكن شاهد فاليمين علی المدعی عليه، الحديث» «۳»، و مقتضاها قبول الشهادة لمدعی الحق، سواء كانت بشهادة عدلين أم شهادة رجل و امرأتين بدعوی النسب أو وقف المال.

---

(۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۶: ۲۶۶.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۱۹۷.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۴

....

فإنّه يقال: قد تقدم أنّ المراد بالحق فی مثل هذه الروايات دعوی الدين و المال، بأن يكون المدعی به فی دعواه هو الدين أو مطلق المال، فلا يعمّ دعوی النسب و العتق و الوقف حتّی و لو كان الغرض من دعوی النسب أو الوقف الوصول بالمال.

و ممّا ذكرنا يظهر الحال فی صحيحة محمد بن مسلم عن أبی جعفر- عليه السلام-:

«لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فی حقوق الناس» «۱»، فإنّ المراد من حقوق الناس هو الدين أو مطلق المال كما تقدم ذلك فی بحث القضاء، و علی تقدير الإطلاق فلا تعمّ شهادة المرأتين مع الرجل.

و أمّا بالإضافة إلی دعوی النكاح فتسمع شهادة النساء منضمّة إلی الرجل، و فی صحيحة الحلبی عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- أنّه سئل عن شهادة النساء فی النكاح فقال: «تجوز إذا كان معهنّ رجل- الحديث» «۲»، و فی معتبرة محمد بن الفضيل قال: «سألت أبا الحسن الرضا- عليه السلام- قلت له: تجوز شهادة النساء فی نكاح أو طلاق أو رجم؟ قال: تجوز شهادة النساء فيما لا تستطيع الرجال أن ينظروا إليه و ليس معهن رجل، و تجوز شهادتهنّ فی النكاح إذا كان معهن رجل- الحديث» «۳».

و بهما يرفع اليد عن إطلاق ما دلّ علی قبول شهادة النساء فی النكاح،

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۲: ۱۹۵.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۵۸.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۷: ۲۵۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۵

....

بتقييده بما إذا كان معهن رجل، كما أن ما ورد فی عدم قبول شهادتهن فی النكاح يقيّد بما إذا انفردن، كمعتبرة السكونی عن جعفر عن أبيه عن علی- عليه السلام- أنّه كان يقول: «شهادة النساء لا تجوز فی طلاق و لا نكاح و لا فی حدود، إلّا فی الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» «۱».

و يدل أيضا علی عدم سماع شهادتهن بانفرادهن فی النكاح رواية إسماعيل ابن عيسی قال: «سألت الرضا- عليه السلام-: هل تجوز

شهادة النساء فى التزويج من غير أن يكون معهنّ رجل؟ قال: لا هذا لا يستقيم» «٢».

نعم، قد ورد فى معتبرة داود بن الحصين عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى النكاح قال: «سألته عن شهادة النساء فى النكاح بلا رجل معهنّ إذا كانت المرأة منكرة، فقال: لا بأس به، ثمّ قال: ما يقول فى ذلك فقهاؤكم؟ قلت: يقولون: لا تجوز إلّا شهادة رجلين عدلين، فقال: كذبوا لعنهم اللّه هوّنوا و استخفّوا بعزائم اللّه و فرائضه و شدّدوا و عظموا ما هوّن اللّه، إنّ اللّه أمر فى الطلاق بشهادة رجلين عدلين، فأجازوا الطلاق بلا شاهد واحد، و النكاح لم يجئ عن اللّه فى تحريمه عزيمة، فسنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم فى ذلك الشاهدين تأديبا، و نظرا لئلّا ينكر الولد و الميراث، و قد ثبتت عقدة النكاح و استحلّ الفروج و لا أن يشهد، و كان أمير المؤمنين- عليه السلام- يجيز شهادة المرأتين فى النكاح عند الإنكار- الحديث» «٣».

---

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴٢: ٢۶٧.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ٣٩: ٢۶۶.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ٣۵: ٢۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۶

....

و لكن لا يخفى عدم منافاتها لما تقدم، من اعتبار انضمامهن إلى شهادة رجل، فإنّ صدرها المفروض فيها عدم حضور الرجل ناظر إلى حصول عقد النكاح، و أنّه لا تشترط فيه الشهادة، و لذا يحصل العقد بلا شاهد، و قوله- عليه السلام- بعد ذلك: «و كان أمير المؤمنين- عليه السلام- يجيز- إلخ»، ناظر إلى إثبات النكاح فى مقام المخاصمة، فيحمل بقرينة ما سبق على شهادة المرأتين فيما إذا كان معهن رجل.

أمّا القصاص، فهو أيضا لا يثبت بشهادة النساء منفردات أو منضمات، و فى صحيحة الربعى: «لا تجوز شهادة النساء فى القتل» «١»، و نحوها صحيحة محمد بن مسلم، و فى معتبرة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على- عليه السلام- قال: «لا تجوز شهادة النساء فى الحدود و لا فى القود» «٢».

و على مثل هذا يحمل ما ورد فى سماع شهادتهن فى القتل و الدم على القبول بالإضافة إلى الدية، من غير فرق بين شهادتهنّ على موجب الدية أو موجب القصاص.

أمّا الأوّل، فإنّه مقتضى سماع شهادتهن فى القتل و عدم سماع شهادتهن فى القود، و أمّا الثانى فلأنّه أيضا مقتضى الجمع بين ما دل على سماع شهادتهن فى القتل معلّلا بأنّه لا يبطل دم امرء مسلم، و بين ما دل على عدم ثبوت القود بشهادتهن.

و عن أبى الصلاح أنّه تقبل شهادة النساء فى الدية مطلقا، و لو كانت فى

---

(١) الوسائل: ١٨ الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧: ٢۶٣.

(٢) الوسائل: ١٨ الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٢٧: ٢۶٣.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴٧

....

البين شهادة امرأتين فقط يثبت نصف الدية و يثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع دية قتل النفس.

و لعلّه استند إلى صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال:

«قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- فى غلام شهدت عليه امرأة أنّه دفع غلاما فى بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأة» «۱».

و رواها الصدوق أيضا، إلّا أنّه أسقط: «بحساب شهادة المرأة» «۲»، و لكن الاختلاف المزبور لا يوجب خللا فى الاستدلال بها، فإنّ عدم نقل الصدوق- قدّس سرّه- لا يدل على عدم الوجود.

مع انّه لا بدّ من حمل قبول شهادتها على ذلك، فإنّ تمام الدية لا يثبت بشهادة امرأة واحدة، و المرتكز من شهادة النساء إنّ شهادة أربع منهن تقوم مقام شهادة رجلين، و شهادة امرأتين تقوم مقام شهادة عدل واحد، و على ذلك فقبول شهادة المرأة فى الدية نظير شهادته فى الوصية التمليكية تثبت ربعها، كما أنّ الأمر كذلك بالإضافة إلى شهادة القابلة باستهلال المولود.

و يدل عليه أيضا رواية عبد اللّه بن الحكم الّتى لضعفها سندا قابلة للتأييد قال: «سألت أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن امرأة شهدت على رجل أنّه دفع صبيا فى بئر فمات، قال: على الرجل ربع دية الصبى بشهادة المرأة» «۳».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۶: ۲۶۳.

(۲) الفقيه ۳: ۵۲.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۳: ۲۶۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۸

[و منها: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين]

و منها: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين، و هو الديون (۱) و الأموال، كالقرض و القراض و الغصب، و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف

---

(۱) لا خلاف فى ثبوت الدين بشهادة رجلين، و بشهادة رجل و امرأتين، و شهادة رجل مع يمين المدعى، و بشهادة المرأتين مع يمينه، و سماع شهادة المرأتين مع شهادة الرجل، مقتضى ظاهر قوله سبحانه فَإِنْ لَمْ يَكُونٰا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتٰانِ «۱».

و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- أنّه سئل عن شهادة النساء فى النكاح، فقال: «لا تجوز، إذا كان معهن رجل و كان على- عليه السلام- ليقول: لا أجيزها فى الطلاق، قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل فى الدين؟ قال: نعم» «۲».

و كذا لا خلاف فى سماع شهادة الرجل مع يمين المدعى فى الديون، و كذلك فى شهادة المرأتين مع يمين المدعى فيها.

و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام-: «انّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أجاز شهادة النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف باللّه إنّ حقّه لحق» «۳»، كما تقدم ذلك فى بحث القضاء، و ذكرنا انّ الأظهر ثبوت دعوى العين أيضا بشاهد و يمين، كما يشهد له صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج الواردة فى درع طلحة، فإنّ دلالتها على ثبوت أخذ درع طلحة غلولا، الّذى يدخل فى دعوى الغصب بشاهد و يمين لا بأس بها.

و لا يبعد أيضا الالتزام بثبوت دعوى كلّ معاملة يكون الغرض من دعواها المطالبة بالمال عينا أو دينا، أو منفعة كالبيع و الإجارة، و المصالحة المالية و المضاربة و المزارعة و المساقاة و الرهن و الوصية التمليكية و الجناية الموجبة للدية و دعوى

---

(۱) البقرة: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۵۸.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۳: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۴۹

و السلم و الصلح و الإجارات و المساقاة و الرهن و الوصية له، و الجناية التى توجب

حق الشفعة و الرهن و الخيار مما يعدّ ذلك من حقوق الناس.

و يمكن لأربابها رفع اليد عن حقهم بالإسقاط و الإبراء و التمليك و الاعراض، أخذا بصحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس» «۱».

و ان تقدّم سابقا احتمال اختصاص السماع بموارد دعوى العين أو الدين، فإنّه لا فرق بين دعوى العين أو الدين ابتداء، أو دعوى ما يكون الغرض منه العين أو الدين كالمعاوضات المالية و نحوها.

و المشهور انّ شهادة رجل و امرأتين، أو شهادة المرأتين مع يمين المدعى أيضا كذلك تثبت بها الدعاوى المالية على غرار ما تقدم فى شهادة رجل مع يمين المدعى.

و ربّما يستدل على ذلك برواية منصور بن حازم المعبّر عنها فى الجواهر بالصحيحة قال: «حدثنى الثقة عن أبى الحسن- عليه السلام- قال: إذا شهد لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز» «۲»، بدعوى أنّه إذا ثبت دعوى الحق بشهادة امرأتين مع يمين المدعى يكون ثبوته بشاهد و المرأتين بالفحوى.

و فى مرسلة يونس: «استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهادة رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدّعى عليه» «۳».

و لكن لا يخفى انّ الشيخ روى رواية منصور بإسناده إلى محمد بن عبد

---

(۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۱۴ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱۲: ۱۹۶.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۱: ۲۶۴.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۱۵ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۲: ۱۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۰

الدّية، و فى الوقف تردد، أظهره انّه يثبت بشاهد و امرأتين و بشاهد و يمين.

الحميد، و سنده إليه على ما فى الفهرست: أخبرنا بكتابه جماعة عن أبى المفضل عن ابن بطة عن أحمد بن أبى عبد اللّه عنه، و أبو المفضل الشيبانى ضعيف و فى ابن بطة كلام و رواية يونس مع انّه لم يرد فيها شهادة المرأتين مع يمين المدعى ضعيفة بالإرسال.

و دعوى انجبار ضعفهما بعمل المشهور لا يمكن المساعدة عليها، فلعلّ المشهور رأوا انّ لشهادة المرأتين مع الرجل تقدّم على شهادة رجل مع يمين المدعى كما هو ظاهر معتبرة داود بن الحصين، و إذا قبلت شهادة المرأتين مع الرجل فى النكاح الذى لا يثبت بشاهد و يمين، و كانت شهادة المرأتين مع الرجل مقدمة على شهادة رجل و يمين المدعى، فاستفادوا اعتبار شهادة المرأتين مع الرجل فى كل مورد تسمع شهادة رجل مع يمين المدعى، و عليه فثبوت الدعوى فى غير الدين بشهادة المرأتين مع الرجل أو مع يمين المدعى مشكل.

و رواية منصور و ان رواها الكلينى «۱» و الصدوق- قدّس سرّهما-، إلّا أنّ فى سند الكلينى إرسال حيث رواها عن بعض أصحابنا، و

فى سند الصدوق- قدّس سرّه- محمد بن على ماجيلويه» «٢».

و لو بنى على اعتبار الروايـة لكون محمـد بن على ماجيلويه ممّن أكثر عنه الصـدوق- قـدّس سـرّه- الرواية، مع التزامه بأنّه لا يروى فى الفقيه إلّا مـا يكون حجـة بينه و بين ربّه أو أنّه من المعـاريف و لم يرد فيه قـدح، فـدلالتها أيضا لا يخلو عن تأمّل، لما تقـدم فى بحث القضاء من انصـراف الحق فى الروايات إلى الـدين، و هـذا غير ما ورد فى صـحيحة محمد بن مسـلم المتقدمة من حقوق الناس، حيث ذكرنا انّه لا يبعد العموم فيه بالإضافة إلى جميع الحقوق و الدعاوى المالية.

---

(١) الكافى ٧: ٣٨٦.

(٢) الفقيه ٣: ٥٥، المشيخة ۴: ۴٣۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۱

[الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء]

الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء، منفردات و منضـمات، و هو الولادة و الاستهلال و عيوب النساء الباطنة (١)، و فى قبول شهادة النساء منفردات فى

---

(١) الثالث من حقوق الآدمى ما يثبت بشـهادة النساء منفردات و منضـمات إلى الرجال عيوب النساء الباطنـة لا الظاهرة كالعرج، و كذا كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه، بلا خلاف ظاهر أو معروف، بالإضافة إلى شهادتهنّ منفردات.

كما يشـهد صـحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: لا تجوز شهادة النساء فى رؤية الهلال، و لا يجوز فى الرجم شـهادة رجلين و أربع نسوة، و يجوز فى ذلك ثلاثـة رجال و امرأتان، و قال: تجوز شـهادة النساء وحدهنّ بلا رجال فى كلّ ما لا يجوز للرجال النظر إليه» «١».

فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليهم السلام- أنّه كان يقول:

«شهادة النساء لا تجوز فى طلاق و لا نكاح و لا فى حدود، إلّا فى الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه» «٢».

و يشـمل فيمـا لاـ يسـتطيع الرجـال النظر إليهن العـذرة، فإنّهـا تثبت بشـهادتهن بلا خلاف، و فى صـحيحة العلاء عن أحـدهما- عليهما السـلام- قـال: «لاـ تجوز شـهادة النساء فى الهلال، و سألته: هل تجوز شـهادتهن وحـدهن؟ قال: نعم فى العـذرة و النفساء» «٣»، نحوها صحيحة محمد بن مسلم «۴» و غيرها، و هذا كلّه بالإضافة

---

(١) الوسائل: ١٨، الباب ٢۴ من أبواب الشهادات، الحديث ١٠: ٢۶٠.

(٢) المصدر نفسه: الحديث ۴٢: ٢۶٧.

(٣) المصدر نفسه: الحديث ١٨: ٢۶٢.

(۴) المصدر نفسه: الحديث ١٩: ٢۶٢.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵٢

الرضاع خلاف، أقربه الجواز، و تقبل شهادة امرأتين مع رجل فى الديون و الأموال،

إلى شهادتهن منفردات.

و أمّا بالإضافة إلى شـهادتهن منضمات، كما إذا شهد امرأتان مع رجل واحد أو شهد رجلان بالعيب الخفى، و كذا الولادة و استهلال، فقد نسب جواز السماع إلى المشهور و لعلّه لاعتبار الإطلاق فى اعتبار البينة و انّ الأصل فى الشاهد الرجل.

و ذكر فى الجواهر أنّه لم يتحقّق فى ذلك خلافا، و ان حكى عن القاضى عدم جواز انضمام الرجل إلى شهادتهن، و احتمل أن يكون مراده عـدم الجواز عنـد عـدم الضـرورة على الأجـانب و غير الزوج، كمـا إذا ادعت المرأة أنّهـا بكر فإنّه لا يجوز النظر لغير النساء، فانّ الرجـل مع النظر يخرج عن العدالـة فلاـ يجوز شـهادته، و أمّا مع الضـرورة على الأجانب أو ما إذا حصل الاطلاع عليه بنحو الاتفاق من غير تعمّـد، نظير الاطلاع على حصول الزنا بالإدخال و الإخراج، أو ما إذا حصل الاطلاع قبل عدالتهم، فهذا غير داخل فى مراده و على تقدير الدخول فهو ضعيف.

أقول: الكلام فى أنّ ظاهر الروايات الواردة فى سـماع شـهادتهن فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه بيان الطريق إلى ثبوت ذلك الأمر، و هذا الطريق اعتباره توسعة لما دلّ على انّ القضاء يكون بالبينة و شهادة العدلين، أو أنّ ظاهرها تعين شهادتهن فيه و فى صحيحة زرارة عن أحـدهما- عليهما السـلام-: «فى أربعـة شـهدوا على امرأة بالزنا فقالت: أنا بكر، فنظر إليها النساء فوجدنها بكرا، فقال: تقبل شـهادة النساء» «۱».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۴: ۲۶۷.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۳

و شهادة امرأتين مع اليمين، و لا يقبل فيها شهادة النساء منفردات و لو كثرن، و تقبل

و لو كانت شـهادة الرجال أصـلا و قبول شـهادة النساء للتوسعة لما كان وجه لقبول شهادتهن و طرح شهادة الرجال بالزنا، اللّهم إلّا أن يقال: إنّ ذلك لانـدفاع الحـدّ بالشـبهة. و على الجملـة فيمكن أن يكون عـدم اطلاع الرجال على مثل العـذرة نوعا أو عدم جواز النظر إليها للرجال كذلك موجبا لأن يعتبر الشارع شهادة النساء فيها طريقا.

و لا ينافى ذلك اعتبار البينة أيضا، أخذا بقوله صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم: «إنّما أقضـى بينكم بالبينات و الأيمان» «۱» و ظاهر البينات شهادة العدلين، نعم هذا لا يفيد بالإضافة إلى شهادة امرأتين مع رجل فيها كما لا يخفى.

و أمّا قبول شـهادتهن فى الرضاع، فهو منسوب إلى الأكثر، و فى المبسوط روى أصـحابنا لا تقبل شـهادة النساء فى الرضاع، و ادّعى انّه يمكن اطلاع الرجال عليه.

و لكن مع ذلك الأظهر جواز شـهادة النساء فيه كما يشـهد له صـحيحة عبد اللّه بن سنان، حيث ورد فيها: «تجوز شهادة النساء وحدهنّ بلا رجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه» «۲».

فإنّ الوارد فيها اعتبار عـدم جواز النظر للرجال، و ليس المراد عدم جواز النظر لأىّ رجل حتى زوج المرأة، بل ظاهرها عدم جواز النظر من الأجانب، و هذا يجرى فى الرضاع أيضا، إلّا أن يدعى انصرافها أيضا إلى مثل العذرة و المنفوس،

---

(۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۲ من أبواب كيفية الحكم، الحديث ۱: ۶۹.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۰: ۲۶۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۴

شهادة المرأة الواحدة فى ربع ميراث المستهل، و فى ربع الوصية، و كل موضع تقبل

و لكن يمنعها أنّ المتعارف عند النساء الإرضاع باستشهاد النساء، و هذا هو الموجب لدخوله فيما ورد فى الصحيحة و غيرها.

بقى فى المقام أمور:

أحدها: أنّه قد تقدم سماع شهادة المرأة فى ميراث المستهل، و كذا فى الوصية التمليكية و الدية، و انّ الثابت فى الثلاثة بشهادة مرأة واحدة ربعها، و بالاثنتين نصفها، و بالثلاث ثلاثة أرباعها، و بالأربع تمامها، فهل يعتبر فى الشهادة فى ميراث المستهل كونه قابلة أم يعمّ غيرها؟

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم اعتبار كونها قابلة، و ذلك بشهادة صحيحة عبد اللّه بن سنان قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: تجوز شهادة القابلة فى المولود إذا استهلّ و صاح فى الميراث، و يورث الربّع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث» «۱».

فإنّ ما فى الذيل: «لو كانت امرأتين»، شاهد لعدم اعتبار كون المرأة قابلة، و كذلك ما ورد فى الروايات من جواز شهادة النساء بكل ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، و المستهل يدخل فيها، و كذا ما ورد فى جواز شهادتهنّ بالمنفوس.

و على الجملة: ذكر القابلة فى الشهادة على المستهل فى جملة من الروايات

---

(۱) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۵: ۲۶۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۵

فيه شهادة النساء لا يثبت بأقل من أربع.

لاعتبار الغلبة، من حيث الاطلاع على حال المولود فلا يمنع عن الأخذ بالإطلاق فى غيرها.

الثانى: إنّ ما تقدم فى اعتبار الشهادات فى الحقوق و ما يعتبر فى الشاهد فيها من الوصف و العدد، فيما إذا لم يحصل للحاكم العلم بواقع الأمر من شهادة الفاقد للوصف أو العدد و لو بضميمة القرائن التى تلاحظها معها، و إلّا بأن حصل له اليقين بالواقع فيجوز له الحكم، على ما تقدم فى بحث القضاء من جواز الحكم للحاكم بعلمه، و الظاهر أيضا عدم الفرق بين حقوق الناس و حقوق اللّه سبحانه، و اللّه سبحانه هو العالم.

الثالث: قد تقدّم انّه يثبت بشهادة المرأة الواحدة ربع الموصى به للموصى له بلا خلاف ظاهر، و تدلّ عليه عدّة روايات.

منها صحيحة ربعى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شهادة امرأة حضرت رجلا يوصى فقال: «يجوز فى ربع ما أوصى بحساب شهادتها» «۱»، و فى صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- فى وصية لم يشهدها إلّا امرأة، فقضى أن تجاز شهادة المرأة فى ربع الوصية» «۲»، و فى صحيحته الأخرى: «قال أبو جعفر- عليه السلام-: فى وصية لم يشهدها إلّا امرأة أن تجوز شهادة المرأة فى ربع الوصية إذا كانت مسلمة غير مريبة فى

---

(۱) التهذيب ۶: ۲۶۸، الحديث ۷۱۸، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۶: ۲۶۲.

(۲) الوسائل: ۱۸ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱۵: ۲۶۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۶

....

دينها» «۱».

و لكن فى مقابل هذه الروايات روايهٔ إبراهيم بن محمد الهمدانى قال: «كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن- عليه السلام-: امرأهٔ شهدت على وصيهٔ رجل لم يشهدها غيرها، و فى الورثهٔ من يصدّقها و من يتّهمها، فكتب: لا إلّا أن يكون رجل و امرأتان و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها» «۲».

و لكن مع إمكان المناقشهٔ فى سندها يقيّد الإطلاق فى ناحيهٔ عدم نفوذ شهادتها بتمام الوصيهٔ، كما يقيد إطلاق المستثنى فيها بما إذا لم تكن رجل و امرأتان أو أربع نسوهٔ.

و مما ذكرنا يظهر الحال فيما رواه الشيخ- قدّس سرّه- بإسناده عن الحسين بن سعيد عن فضالهٔ عن أبان عن عبد اللّه بن سنان أو عبد اللّه بن سليمان قال:

«سألته عن امرأهٔ حضرها الموت و ليس عندها إلّا امرأهٔ أ تجوز شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلّا فى المنفوس و العذرهٔ» «۳».

و وجه الظهور إنّه لم يفرض فيها الوصيهٔ التمليكيهٔ فتحمل على غيرها، أضف إلى ذلك أنّ الروايهٔ مضمرهٔ و لم يحرز أنّ السائل هو عبد اللّه بن سنان ليقال إنّه لا يسأل غير الإمام- عليه السلام-، و على ذلك فالروايهٔ ساقطهٔ عن الاعتبار.

و فى صحيحهٔ الحلبى قال: «سئل أبو عبد اللّه- عليه السلام- عن امرأهٔ ادّعت

---

(۱) الوسائل: ۱۳ الباب ۲۲ من أحكام الوصايا، الحديث ۳: ۳۹۶.

(۲) التهذيب ۶: ۲۶۸، الحديث ۷۱۹، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳۴: ۲۶۵.

(۳) التهذيب ۶: ۲۷۰، الحديث ۷۳۱، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۴: ۲۶۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۷

....

أنّه أوصى لها فى بلد بالثلث و ليس لها بينهٔ؟ قال: تصدّق فى ربع ما ادّعت» «۱».

و ظاهرها قبول دعوى المرأهٔ فى الوصيهٔ له بلا بينهٔ بالإضافهٔ إلى ربع مدّعاها، و لم يعهد العمل بها أو سماع دعوى شخص بلا بينهٔ و حلف و الحكم بثبوتها فى بعضها.

بقى فى المقام أمر، و هو: أنّ ما رواه الشيخ بسنده عن الحسين بن سعيد قد ورد فيها: «لا تجوز شهادتها إلّا فى المنفوس و العذرهٔ» «۲»، و يستظهر من ذلك قبول شهادهٔ المرأهٔ الواحدهٔ فى العذرهٔ، و قد ذكر فى التحرير الاكتفاء فى ثبوت العذرهٔ بشهادهٔ المرأهٔ الواحدهٔ.

و لكن لا يخفى عدم إمكان المساعدهٔ على ذلك، أمّا أوّلا: فلما ذكرنا من أنّ الروايهٔ مضمرهٔ، و ثانيا لم يظهر انّ المراد ممّا ذكر فى السؤال و ليس عندها إلّا امرأهٔ هو معنى النكرهٔ، بل الظاهر انّ المراد الجنس، و غرض السائل عدم حضور الرجل بل الحاضر عند وصيتها المرأهٔ، فتحمل على التعدد، بقرينهٔ ما تقدم ممّا ورد فى قبول شهادهٔ النساء وحدهن فى العذرهٔ و نحوها.

الرابع: كل مورد تقدم سماع شهادهٔ النساء فيه منفردات، فلا تقبل شهادهٔ الأقل من الأربع، حيث إنّ المرتكز فى الأذهان الناشئ عن الخطابات الشرعيهٔ كون شهادهٔ المرأتين تساوى شهادهٔ رجل واحد، خصوصا بقرينهٔ التقسيط الوارد فى شهادهٔ المرأهٔ الواحدهٔ باستهلال المولود، و فى شهادتها فى ديهٔ القتل و فى

---

(۱) الوسائل: ۱۳، الباب ۲۲ من أحكام الوصايا، الحديث ۵: ۳۹۶.

(۲) التهذيب ۶: ۲۷۰، الحديث ۷۳۱، الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲۴: ۲۶۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۸

....

الوصية التمليكية.

و لكن المحكى عن المفيد- قدّس سرّه-، من أنّه تقبل شهادة امرأتين مسلمتين مستورتين فيما لا يراه الرجال كالعذرة و عيوب النساء و النفاس و الحيض و الولادة و الاستهلال و الرضاع، و إذا لم يوجد إلّا شهادة امرأة واحدة مأمونة قبلت شهادتها.

و عن المراسم ما يقرب من ذلك، و قد تقدم حكاية الاكتفاء بشهادة امرأة واحدة فى العذرة عن العلّامة فى التحرير.

أقول: أمّا ما عن التحرير، فقد تقدّم عدم إمكان المساعدة عليه، و لعلّ المنشأ لما ذكروا هو ما ورد فى رواية أبى بصير عن أبى جعفر- عليه السلام- قال:

«تجوز شهادة امرأتين فى استهلال» «۱»، و ما ورد فى صحيحة الحلبى أنّه سأل أبا عبد اللّه- عليه السلام- عن شهادة القابلة فى الولادة قال: «تجوز شهادة الواحدة» «۲».

و لكن ذكرنا سابقا أنّه يتعين الحمل على القبول بالإضافة إلى ربع الميراث، بدلالة صحيحة عبد اللّه بن سنان المتقدمة قال: «سمعت أبا عبد اللّه- عليه السلام- يقول: تجوز شهادة القابلة فى المولود إذا استهلّ و صاح فى الميراث، و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتهما فى النصف من الميراث «۳».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴۱: ۲۶۷.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۲: ۲۵۸.

(۳) المصدر نفسه: الحديث ۴۵: ۲۶۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۵۹

[مسائل]

اشارة

مسائل:

[الأولى: الشهادة ليست شرطا فى شى‌ء من العقود إلّا فى الطلاق]

الأولى: الشهادة ليست شرطا فى شى‌ء من العقود إلّا فى الطلاق (۱)،

---

(۱) لا خلاف عندنا فى اعتبار الاشهاد فى الطلاق، فلا يحصل إلّا بإيقاعه عند حضور عدلين، و لا تكفى شهادة النساء منضمة إلى الرجل فضلا عن انفرادهن، و يدلّ على ذلك قوله سبحانه وَ أَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ «۱»، و لو بملاحظة ما ورد فى تفسيره.

و فى صحيحة زرارة و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى عن أبى جعفر و أبى عبد اللّه- عليهما السلام- فى حديث انّه قال:

«و إن طلّقها فى استقبال عدّتها طاهرا من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إيّاها بطلاق» «۲».

و صحيحة أحمد بن محمد بن أبى نصر قال: «سألت أبا الحسن- عليه السلام- عن رجل طلّق امرأته بعد ما غشيها بشهادة عدلين؟ قال: ليس هذا طلاقا، قلت:

فكيف طلاق السنّة؟ قال: يطلّقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشاهدين عدلين كما قال اللّه عزّ و جلّ فى كتابه، فإن خالف ذلك ردّ إلى كتاب اللّه، قلت: فإن طلّق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، قال: لا تجوز شهادة النساء فى الطلاق- الحديث» «۳»، إلى غير ذلك.

ثمّ إنّه كما يعتبر الاشهاد فى الطلاق كذلك يعتبر فى الظهار، حيث لا يترتب على الظهار حكم إلّا إذا كان فى حضور شاهدين، و لم يتعرض لذلك

---

(۱) الطلاق: ۲.

(۲) الوسائل: ۱۵، الباب ۱۰ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ۳: ۲۸۲.

(۳) الوسائل: ۱۵، الباب ۱۰ من أبواب مقدمات الطلاق، الحديث ۴: ۲۸۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۰

و يستحب فى النكاح و الرجعة، و كذا فى البيع.

الماتن- قدّس سرّه-، و لعلّه لعدم صحته و ان يترتب عليه الحكم.

و فى تعرضه للطلاق بصورة الاستثناء من العقد ما لا يخفى، و لعلّه بمعنى العهد و الالتزام، و فى صحيحة حمران عن أبى جعفر- عليه السلام-: «لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غصب، و لا يكون ظهار إلّا فى طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين» «۱»، و نحوها غيرها.

و أمّا عدم اعتبار الاشهاد فى غيرهما من العقود و الإيقاعات، فإنّه مقتضى الإطلاق فيما ورد فى إمضائها مع عدم قيام دليل على اعتبار الاشهاد، بل ورد النص فى بعضها على نفى اعتباره فيه كالنكاح، حيث ورد فى معتبرة داود بن الحصين «۲» المتقدمة استحبابه فيه و عدم اعتباره فى صحته.

و كذلك لا يعتبر الاشهاد فى الرجعة فى الطلاق الرجعى، و لكنّه مستحب، و فى صحيحة زرارة و محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «ان الطلاق لا يكون بغير شهود، و إن الرجعة بغير شهود رجعة، و لكن ليشهد بعد فهو أفضل» «۳»، و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى الذى يراجع و لم يشهد قال: «يشهد أحب إلىّ و لا أرى بالذى صنع بأسا» «۴».

و لا يبعد أن يكون الأمر بالإشهاد فى البيع و الدين كذلك، و ان يحتمل كونه لمجرد الإرشاد إلى قضية الإثبات عند وقوع المخاصمة و الإنكار.

---

(۱) الوسائل: ۱۵، الباب ۲ من كتاب الظهار، الحديث ۱: ۵۰۹.

(۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات.

(۳) المصدر نفسه: ۱۵، الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ۳: ۳۱۸.

(۴) المصدر نفسه: ۱۵، الباب ۱۳ من أبواب أقسام الطلاق، الحديث ۲: ۳۱۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۱

[الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة]

الثانية: حكم الحاكم يتبع للشهادة، فإن كانت محقّة نفذ الحكم باطنا و ظاهرا (۱)، و إلّا نفذ ظاهرا، و بالجملة الحكم ينفذ عندنا ظاهرا لا باطنا، و لا يستبيح المشهود له ما حكم له، إلّا مع العلم بصحّة الشهادة أو الجهل بحالها.

---

(۱) قد تقدّم فی بحث القضاء إنّ مشروعیة القضاء و نفوذه لأنهاء الخصومة و فصلها و لا یوجب تغیّرا فی الواقع، فمن حکم له بحق مالی أو بغیره إنّما یکون له الحق واقعا مع ثبوته له فی الواقع مع قطع النظر عن القضاء و ما هو مستنده من شهادة الشهود.

و بتعبیر آخر منشأ القضاء للقاضی من شهادة الشهود یعتبر طریقا إلی الواقع و القضاء المستند إلیها أو غیرها ینفذ علی المتخاصمین، فلا یجوز لهما تجدید المخاصمة بعد ذلک و لو عند قاض آخر، و علی ذلک فیجوز لمن حکم له بحق مالی أو غیره أن یطالب خصمه به فیما إذا علم کونه محقّا أو احتمله.

و فی صحیحة هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه- علیه السلام- قال: «قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: إنّما أقضی بینکم بالبینات و الأیمان، و بعضکم ألحن بحجّته من بعض، فأیّما رجل قطعت له من مال أخیه شیئا فإنّما قطعت له به قطعة من النار» «۱».

و هذه صریحة بعدم تغیّر الواقع بمدرک القضاء بشهادة الشهود و غیرها و لا بنفس القضاء، بلا فرق بین القضاء فی الأموال أو بغیرها، و ما ذکر فی ذیلها من الأمر الراجع إلی المال تفریع علی کبری عدم تغیر الواقع بالقضاء.

و المحکی عن أبی حنیفة نفوذ القضاء واقعا و ظاهرا مطلقا، و فیه ما لا یخفی، من استلزامه تحلیل الحرام الواقعی و تجویز نکاح المحارم و نحوه، ممّا هو بدیهی البطلان.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب کیفیة الحکم، الحدیث ۱: ۱۶۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۲

[الثالثة: إذا ادّعى من له أهلّية التحمل وجب عليه]

الثالثة: إذا ادّعى من له أهلّية التحمل وجب عليه (۱)، و قيل: لا يجب، و الأوّل مرويّ و الوجوب على الكفاية، و لا يتعيّن إلّا مع عدم غيره ممن يقوم

و قد ذكرنا أنّه فيمن حكم له بالمال له إلزام خصمه بذلك المال، و لا يبعد إلزامه بقيام الشاهدين و شهادتهما و لو عند غير الحاكم لاعتبار شهادتهما، و لا يفرّق فی ذلك بين علمه بحقّه أو احتماله.

نعم، إذا توقّف ثبوت حقّه على حلفه، كما إذا كانت دعواه على الميت بالدين فلا يجوز له الإلزام، كما لا يجوز للقاضی أن يقضی بدون حلف المدعی المفروض عدم جواز الحلف له لعدم علمه بحقّه.

(۱) المشهور قديما و حديثا عند الأصحاب على ما قيل، انّ من له أهلية تحمّل الشهادة إذا دعی لتحملها وجب عليه الحضور و التحمّل، مع عدم لزوم ضرر غير مستحق عليه، لقوله سبحانه وَ لٰا يَأْبَ الشُّهَدٰاءُ إِذٰا مٰا دُعُوا «۱»، بقرينة ما ورد فی الروايات، من أنّ المراد الدعوة إلى التحمل.

و فی صحيحة هشام بن سالم عن أبی عبد اللّه- عليه السلام- فی قول اللّه عزّ و جلّ:

وَ لٰا يَأْبَ الشُّهَدٰاءُ قال: «قبل الشهادة و قوله وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ «۲» قال: بعد الشهادة» «۳».

و فى مصحّحة أبى الصباح عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى قوله تعالى وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا قال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد بها أن يقول: لا أشهد لكم عليها» «۴».

و فى صحيحة الحلبى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى قول اللّه عزّ و جلّ:

---

(۱) البقرة: ۸۲.

(۲) البقرة: ۲۸۳.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲ و ۴ و ۵: ۲۲۵.

(۴) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲ و ۴ و ۵: ۲۲۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۳

بالتحمّل، امّا الأداء فلا خلاف فى وجوبه على الكفاية، فإن قام غيره سقط عنه،

وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة يشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم، و قال: فذلك قبل كتابه» «۱»، يعنى كتابة الدين.

و فى موثقة سماعة عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى قول اللّه عزّ و جلّ وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا فقال: «لا ينبغى لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم» «۲»، إلى غير ذلك.

و التعبير بلا- ينبغى فى جملة من الروايات لا ينافى وجوب الإجابة، فإنّ ما يذكر من ظهور لا ينبغى فى الطلب غير الإلزامى اصطلاح متأخر، و معناه اللغوى لو لم يكن هو الإلزام فلا ينبغى التأمّل فى أنّه لا ينافيه، نظير ما ذكر فى معنى الكراهة.

و ما ذكر فى الجواهر، من أنّه يحتمل قريبا أن يكون المراد من النهى عن الإباء عن التحمّل كراهته، بقرينة سائر ما ذكر فى الآية المباركة، من النهى عن الإباء عن الكتابة و التسائم، و التعبير فى الروايات بلا ينبغى، و أنّه يظهر من الصدوق- قدّس سرّه- المفروغية من عدم وجوب التحمل، حيث روى فى نوادر الشهادات من الفقيه: «و قيل للصادق- عليه السلام-: إنّ شريكا يردّ شهادتنا، فقال: لا تذلّوا أنفسكم» «۳»، و ذكر بعد ذلك قوله: قال مصنّف هذا الكتاب- رحمه اللّه-: ليس يريد بذلك النهى عن إقامتها، لأنّ إقامة الشهادة واجبة، و إنّما يعنى تحملّها، يقول: لا تتحمّلوا الشهادات فتذّلوا أنفسكم بإقامتها عند من يردّها» «۴».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲ و ۴ و ۵: ۲۲۵.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲ و ۴ و ۵: ۲۲۵.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۵۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۳۰۴.

(۴) الفقيه ۳: ۷۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۴

و ان امتنعوا لحقهم الذم و العقاب، و لو عدم الشهود إلّا اثنان تعيّن عليهما، و لا

لا يمكن المساعدة عليه لما ذكر، من أنّ التعبير بلا ينبغى لا ينافى الوجوب أو حرمة الإباء، و ما ذكر فى الآية من النهى عن الإباء عن الكتابة أو التسائم لا- يكون موجبا لرفع اليد عن ظهور المنع عن الإباء عن التحمل فيما إذا دعى إليه، و ما نقل من كلام الصدوق- قدّس سرّه- لا يوجب أيضا رفع اليد، نعم كلامه يدلّ على عدم وجوب التحمل أصلا كما هو مقتضى تعليله عدم إرادة الأداء بأنّ اقامة

الشهادة واجبة.

و بما أنّ ظاهر الآيـة انّ النهى عن الإباء عن التحمل لحصول الاستشـهاد المأمور به فيها يكون وجوبه كفائيا، فيسـقط بحضور عدلين أو عدل و امرأتين، و لا يجب التحمل أيضا إذا كان فى ذلك ضـرر عليه، و لو بأن يخاف الذل بعدم سـماع شـهادته عند الأداء، و إطلاق الوجوب الكفائى فيه تسامح كما يأتى.

و قد ذكر الصدوق- قدّس سـرّه- فى ذيل كلامه المتقدم: «و قد روى عن أبى كهمس انّه قال: تقدمت إلى شريك فى شهادة لزمتنى، فقال لى: كيف أجيز شهادتك و أنت تنسب إلى ما تنسب إليه؟ قال أبو كهمس: فقلت: و ما هو؟ قال:

الرفض، قـال: فبكيت، ثمّ قلت: نسبتنى إلى قوم أخاف ألّا أكون منهم فأجاز شـهادتى، و قـد وقع مثل ذلك لابن أبى يعفور و لفضـيل سكرة» «۱».

هذا كلّه بالإضافة إلى التحمل، و أمّا الأداء فلا ينبغى التأمّل فى وجوبه بلا خلاف معروف أو منقول، و يشهد له قوله سبحانه:

قَلْبُهُ «۲»، و فى صحيحة هشام بن سالم فى قول اللّه عزّ و جلّ:

---

(۱) الفقيه ۳: ۷۵.

(۲) البقرة: ۲۸۳.

يجوز لهما التخلف، إلّا أن تكون الشهادة مضرّة بهما ضررا غير مستحقّ.

وَ مَنْ يَكْتُمْهٰا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ قال: «بعد الشهادة» «۱» و نحوها غيرها.

و فى رواية جابر عن أبى جعفر- عليه السـلام-، قال رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله و سـلّم: «من كتم شـهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوى بها مال امرء مسلم أتى يوم القيامة و لوجهه ظلمة مدّ البصر و فى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه و نسبه» «۲».

و ظـاهر الآيـة و الروايـات كون الوجوب عينيّـا، و لكن بمـا أنّ الغرض من إيجـاب إقامتهـا ثبوت الحق أو حسم المخاصـمة، فلا يجب إقامتها بعد ثبوت الحق و فصـلها، و هذا يفترق عن الوجوب الكفائى الذى يكون سقوط التكليف فيه بعد حصول المتعلق من بعض، و يكون العلم بحصوله و لو مسـتقبلا من بعض عذرا فى تركه، و هذا بخلاف أداء الشهادة، فإنّ العلم بحصوله مستقبلا من غيره لا يكون عذرا كما هو مقتضى تحريم الكتمان.

و على كلّ تقدير فظاهر عبارة الماتن- قدّس سـرّه- انّ الأداء واجب كفائى، بلا فرق بين أن يكون تحمل الشهادة بالدعوة إلى الإشهاد أو بدونها، و لكن قد تقدم أنّ وجوب الأداء يختص بمن دعى إلى التحمّل، و أمّا بدونه فهو مخيّر إن شاء شهد و إن شاء سكت.

و فى صـحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه- عليه السـلام- قال: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت، و قال:

إذا أشهد لم يكن له إلّا أن يشهد» «۳».

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۲۷.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۲۷.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۳۱.

....

و فى موثقة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام-: «إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد و إن شاء سكت، إلّا إذا علم من الظالم فيشهد، و لا يحلّ له إلّا أن يشهد» «١».

و ظاهر هذه أنّ مع كون أحد الخصمين ظالما للآخر و فى شهادته دفع ظلمه يجب عليه الأداء مع عدم دعوته إلى تحمّلها، فيؤخذ بهذا التقييد و يرفع اليد عن الإطلاق فى غيرها، و قد تقدم سابقا احتمال أن يكون المراد من الظلم التعدى و ان لم يكن المتعدى عامدا، و عليه يكون الأداء واجبا فيما إذا توقف إثبات الحق لصاحبه على أداء شهادته.

ثمّ إنّ المذكور فى كلمات جملة من الأصحاب كالماتن- قدّس سرّه- إنّ التخلف عن أداء الشهادة يجوز مع الضرر غير المستحق، فلو كان المراد الضرر على المشهود عليه كما إذا علم الشاهد أنّه لو شهد بالدين للمدعى فيلزم المدعى عليه بالأداء مع عسرة، فلا يبعد كما يدل عليه خبر على بن سويد «٢»، و أمّا إذا كان فى شهادته ضرر متوجه إليه فيشكل نفى الوجوب بمجرد ذلك، لأنّ قاعدة نفى الضرر امتنانى فلا- ترفع التكليف فيما كان الرفع على خلاف الامتنان على المشهود له، بل لا بدّ من ملاحظة التزاحم لو كان الضرر المتوجه إليه لازم الدفع، كوجوب أداء الشهادة.

---

(١) الوسائل: ١٨، الباب ۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ٢٣١.

(٢) المصدر نفسه: الباب ٣ من أبواب الشهادات، الحديث ١: ٢٢٩.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶٧

[الطرف الرابع: فى الشهادة على الشهادة]

الطرف الرابع:

فى الشهادة على الشهادة و هى مقبولة فى حقوق الناس (١)، عقوبة كانت كالقصاص أو غير عقوبة، كالطلاق و النسب و العتق، أو مالا كالقراض و القرض و عقود المعاوضات، أو ما لا

---

(١) تقبل الشهادة على الشهادة المسماة بشهادة الفرع فى حقوق الناس، سواء كانت من قبيل العقوبة كالقصاص أم غير عقوبة كالطلاق و النسب و العتق و النكاح، أم كانت من المال كالقرض و المضاربة و سائر المعاوضات، و يقبل أيضا شهادة الفرع فيما لا يطلع عليه غير النساء نوعا، كالولادة و الاستهلال و عيوب النساء، و ادعى عدم الخلاف أو الإجماع على ذلك فى كلماتهم.

و يستدل على الحكم، مضافا إلى الإجماع بروايات، كموثقة غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه- عليهما السلام-: «أنّ عليا- عليه السلام- كان لا يجيز شهادة رجل على شهادة رجل إلّا شهادة رجلين على شهادة رجل» «١»، و موثقة طلحة بن زيد عن أبى عبد اللّه عن أبيه عن على- عليهم السلام-: «أنّه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلّا شهادة رجلين على رجل» «٢».

---

(١) الوسائل: ١٨، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ٢٩٨.

(٢) الوسائل: ١٨، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ٢: ٢٩٨.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶٨

يطّلع عليه الرجال غالبا كعيوب النساء و الولادة و الاستهلال، و لا تقبل فى الحدود، سواء كانت للّه محضة، كحدّ الزنا و اللواط و

السحق، أو مشتركة كحدّ السرقة و القذف، على خلاف فيهما، و لا بدّ أن يشهد اثنان على الواحد لأنّ المراد إثبات

و بهما يرفع اليد عن إطلاق موثقة غياث بن إبراهيم الأخرى عن جعفر عن أبيه:

«أنّ عليا- عليه السلام- قال: لا أقبل شهادة رجل على رجل حيّ و إن كان باليمن (باليمين)» «۱». فإنّها تحمل على صورة عدم تعدّد الشاهد على شاهد الأصل، بل لا يبعد كون ظاهرها ذلك.

ثمّ إنّه قد تقدم عدم تمام الضابط لحقوق الناس الذى ذكروها فى كلماتهم، بل على تقديره أيضا لا يختصّ السماع بما إذا كان داخلا فى ذلك الضابط، بل تسمع الشهادة على الشهادة فى كل ما يحتاج ثبوته إلى الشاهد.

نعم، لا ـ اعتبار بشهادة الفرع فى الحدود، سواء كان الحدّ من حقوق اللّه المحضة كالزنا و اللواط و السحق و شرب الخمر إلى غير ذلك، أم كان مشتركا كحدّ القذف و حدّ السرقة.

و عدم سماع شهادة الفرع فى حق اللّه المحض اتفاقى، و المشهور على عدم القبول فى الحدّ المشترك أيضا، و هو الأظهر، لأنّ عدم السماع مقتضى الإطلاق فى كلّ من موثقة طلحة بن زيد و موثقة غياث بن إبراهيم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- عن أبيه عن عليّ- عليه السلام-: «أنّه كان لا يجيز شهادة على شهادة فى حدّ» «۲»، و فى الثانية: «لا تجوز شهادة على شهادة فى حدّ و لا كفالة فى حدّ» «۳».

و لا ـ يبعد أن يكون التعزير أيضا كالحدّ فى عدم ثبوته بشهادة الفرع، و قد أطلق الحدّ على التعزير فى غير واحد من الروايات، و يساعده أنّه كالحدّ فى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۹۸.

(۲) المصدر نفسه: الباب ۴۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۹۹.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۴۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۹۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۶۹

شهادة الأصل، و هو لا يتحقق بشهادة الواحد، فلو شهد على كل واحد اثنان صحّ.

و كذا لو شهد اثنان على شهادة كل واحد من شاهدى الأصل، و كذا لو

البناء على عدم الاجراء مع الشبهة و التخفيف، كما أنّ الاعتبار فى شهادة الفرع يناسب غير الحدود، من أنّ شهود الأصل فى غيرها فى معرض الانقضاء بالموت أو غيره، فالإبقاء على ما ثبت بشهادتهم يقتضى اعتبار شهود الفرع.

ثمّ إنّه قد ذكروا فى اعتبار شهادة الفرع أمورا:

الأوّل: انّ سماع شهادة الفرع يختصّ بما إذا لم يتمكن شاهد الأصل من الحضور فى مجلس القضاء لأداء الشهادة.

و قد ورد فى رواية محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام- فى الشهادة على شهادة الرجل و هو بالحضرة فى البلد قال: «نعم و لو كان خلف سارية يجوز ذلك إذا كان لا ـ يمكنه أن يقيمها هو لعلة تمنعها عن أن يحضره و يقيمها، فلا بأس بإقامة الشهادة على شهادته» «۱».

و هذه الرواية رواها الشيخ و الصدوق «۲»- قدّس سرّهما-، و فى سند الشيخ موسى بن أكيل عن محمد بن مسلم، و الراوى عن موسى بن أكيل ذبيان بن حكيم، و ذبيان مهمل، و سند الصدوق إلى محمد بن مسلم على ما ذكر فى مشيخة فقيه «۳» ضعيف، و دعوى انجبار ضعف الخبر بعمل الأصحاب و قد عمل المشهور بها لا يمكن المساعدة عليهما، حيث من المحتمل جدا اعتبار المزبور و العمل

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۹۷.

(۲) التهذيب ۶: ۲۵۶، الاستبصار ۳: ۲۰، الفقيه ۳: ۷۱.

(۳) الفقيه ۴: ۴۲۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۰

شهد شاهد أصل و هو مع آخر على شهادة أصل آخر، و كذا لو شهد اثنان على جماعة كفى شهادة الاثنين على كل واحد منهم، و كذا لو كان شهود الأصل شاهدا

بها لمطابقتها للاحتياط فى القضاء، و هذا مع ثبوت الإطلاق فى الموثقتين بل فى خطاب اعتبار البينة مشكل.

الأمر الثاني: يختصّ اعتبار شهادة الفرع بشهادته على شهادة الأصل، فلا تسمع شهادة الفرع على شهادة الفرع، و قد ذكر فى كلمات الأصحاب أنّه لا خلاف فى ذلك و ادعى جماعة عليه الإجماع.

و يستدل على ذلك برواية عمرو بن جميع عن أبى عبد اللّه عن أبيه- عليهما السلام- قال: «اشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ يزيد و ينقص، قال: لا، و لكن من يحفظها عليك و لا تجوز شهادة على شهادة على شهادة» «۱».

و لكن عمرو بن جميع ضعيف و كذا السند إليه، و دعوى انجبار ضعفها بعمل المشهور لا- يمكن المساعدة عليها فإنّه لم يحرز استنادهم إليها و لعلّه لما قيل من انصراف الموثقين إلى شهادة الفرع على شهادة الأصل.

و لكن مع التأمّل فى الانصراف يكفى فى اعتبار شهادة الفرع على الفرع بأىّ مرتبة ما دلّ على اعتبار البينة و كونها مدرك القضاء، فإنّ الإطلاق تعم البينة الموجودة و باعتبارها تثبت مدلولها و هى البينة الأخرى، و هكذا على ما ذكر فى بيان اعتبار الخبر عن الإمام- عليه السلام- بالوسائط.

و على الجملة: فإن أحرز الإجماع على عدم اعتبار شهادة الفرع على شهادة الفرع فهو، و إلّا فلا وجه لعدم الاعتبار مع مسيس الحاجة إليها فى بقاء الأوقاف و نحوها.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۶: ۲۹۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۱

و امرأتين فشهد على شهادتهم اثنان، أو كان الأصل فيما يقبل فيه شهادتهن منفردات كفى شهادة اثنين عليهن.

الثالث: مقتضى إطلاق موثقتى طلحة بن زيد و غياث بن إبراهيم المتقدمتين، و كذا الإطلاق فى اعتبار البينة، عدم الفرق فى الاعتبار بأن يشهد على كل واحد من شهادة الأصلين اثنان، بأن يكون شاهدا الفرع أربعة عدول، أو يشهد الاثنان على شهادة كل من شاهدى الأصل، أو كان أحد الشاهدين الأصل و يشهد هو مع شخص آخر على شهادة الأصل الآخر، كلّ ذلك للإطلاق فى الموثقتين و ما دل على اعتبار البينة، فما حكى عن الشافعى من اعتبار المغايرة فى شاهدى الفرع أمر لا أساس له.

و أيضا: لا فرق بين كون شاهدا الأصل رجلين أو رجلا و امرأتين أو أربعة نساء، فإنّه و إن يعتبر فى شاهدى الفرع كونهما رجلين، كما هو ظاهر انصراف البينة فى إطلاق خطاب اعتبارها، إلّا أنّه لا يضرّ باعتبار شهادة الفرع اختلاف شهود الأصل.

و ذلك لا لإطلاق الموثقتين، فإنّهما لا تعمّان غير شهادة رجلين على شهادة رجل، بل للإطلاق فى اعتبار البينة، فإنّه يعمّ البينة القائمة بشهادة النساء، و إنّما يرفع اليد عنه بالإضافة إلى الحدود كما تقدم، و يعم بالإضافة إلى غير الحدّ ممّا يترتب على موجبه كنشر الحرمة.

و دعوى أنّ الزنا لا يثبت إلّا بأربعة شهود، و كيف يثبت بشهادة رجلين على شهادة كل من الأربعة، مع أنّ الأصل لا يكون أسوأ حالا من الفرع، فيها ما لا يخفى، و مما ذكر يظهر أنّه يثبت بشهادة الفرع على شهادة الأصل بالسرقة ردّ المال لا القطع و هكذا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۲

و للتحمّل مراتب، أتمّها أن يقول (۱) شاهد الأصل: أشهد على شهادتى أنّى أشهد على فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، و هو الاسترعاء، و اخفض منه ان يسمعه يشهد عند الحاكم، إذ لا ريب فى تصريحه هناك بالشهادة.

و يليه أن يسمعه يقول: أنا أشهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و يذكر السبب، مثل أن يقول: من ثمن ثوب أو عقار، إذ هى صورة جزم، و فيه تردد، أمّا لو لم يذكر سبب الحق، بل اقتصر على قوله: أنا أشهد لفلان على فلان بكذا، لم يصر متحمّلا لاعتياد التسامح بمثله، و فى الفرق بين هذه و بين ذكر السبب اشكال.

---

(۱) ذكر فى كلماتهم انّ لتحمل شهادة الفرع مراتبا، و أعلاها المعبّر عنها بالاسترعاء أى طلب الإصغاء، و صورتها أن يقول شاهد الأصل للفرع: أشهد على شهادتى لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و أخفض منها أن يسمع شهادة الأصل عند حاكم.

و فى الجواهر: انّ شهادته عند حاكم للحكم بها و تحمّلها أقوى من التصريح الأوّل، و المرتبة الأخيرة ان يسمعه يقول أنا شاهد لفلان بن فلان على فلان بن فلان بكذا، و يذكر السبب من قرض أو شراء أو غيرهما، و أمّا إذا لم يذكر السبب فقد جزم غير واحد بأنّه لا يصير متحمّلا لاعتبار التسامح بمثله، و لعل الأصل فى ذلك كلّه ما ذكره الشيخ- قدّس سرّه- فى المبسوط من التفصيل و تبعه غيره فيه، و لكن لا يخفى مع كون كلام الأصل شهادة كما هو الفرض يكون المستمع إليه متحملا، بلا فرق بين أن يذكر الأصل السبب أم لم يذكر و بلا فرق بين ما ذكر من المراتب.

و ما ذكر- قدّس سرّه- من عدم قبول شهادة الفرع إلّا عند تعذر حضور شاهد الأصل قد تقدم أنّه بلا وجه يعتمد عليه فلا نعيد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۳

ففى صورة الاسترعاء يقول: أشهدنى فلان على شهادته، و فى صورة سماعه عند الحاكم يقول: أشهد انّ فلانا شهد عند الحاكم بكذا، و فى صورة السماع لا عنده يقول: أشهد أنّ فلانا شهد على فلان لفلان بكذا بسبب كذا.

و لا تقبل شهادة الفرع إلّا عند تعذّر حضور شاهد الأصل، و يتحقّق العذر بالمرض و ما ماثله و بالغيبة، و لا تقدير لها، و ضابطه مراعاة المشقة على شاهد الأصل فى حضوره.

ثمّ إنّه إذا حضر الأصل و أنكر ما شهد به الفرع، فإن كان ذلك بعد حكم الحاكم فلا ينقض الحكم لتمام ملاكه، و إنكار شهادة الأصل لا يزيد على ما كان الحكم بشهادته ثمّ رجع عنها.

و أمّا إذا كان قبل الحكم فلا يسمع شهادة الفرع إلّا إذا كان أعدل من شاهد الأصل، كما يشهد لذلك صحيحة عبد الرحمن بن أبى عبد اللّه عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى رجل شهد على شهادة رجل فجاء الرجل فقال: أنى لم أشهده؟ قال: «تجوز شهادة أعدلهما، و إن كانت عدالتهما واحدة لم تجز شهادته» «۱».

و فى رواية أخرى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- عن رجل شهد شهادة على شهادة آخر فقال: لم أشهده، فقال: «تجوز شهادة أعدلهما» «۲»، و نحوهما صحيحة عبد اللّه ابن سنان «۳».

و دعوى انّ شهادة الفرع تبطل بحضور شاهد الأصل قبل الحكم و لا- يمكن العمل بالروايات المزبورة لذلك، و لأنّ ظاهرها قبول شهادة الفرع الواحد على رجل من الأصل، لا يخفى ما فيها، فإنّ حضور الأصل لا تبطل شهادة الفرع على

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۹۹.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۹۹.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۴۶ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۹۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۴

و لو شهد شاهد الفرع فأنكر الأصل، فالمروى العمل بشهادة أعدلهما، فإن تساويا أطرح الفرع، و هو يشكل بما انّ الشرط فى قبول الفرع عدم الأصل، و ربّما أمكن لو قال الأصل: لا أعلم، و لو شهد الفرعان ثم حضر شاهد الأصل، فإن كان بعد الحكم لم يقدح فى الحكم وافقا أو خالفا، و ان كان قبله سقطه اعتبار الفرع، و بقى الحكم لشاهد الأصل (۱)، و لو تغيّرت حال الأصل بفسق أو كفر لم يحكم بالفرع، لأنّ الحكم مستند إلى شهادة الأصل (۲).

ما تقدم.

و على تقديره، فقد ورد الاستثناء على اشتراط التعذر فيما كان الفرع أعدل أو لم يخالف الأصل عند حضوره عملا بها، كما انّ المراد بالرجل فيها الجنس فلا ينافى اعتبار التعدد، حيث انّها ناظرة إلى حكم صورة مخالفة الأصل فى الشهادة بالواقعة مع الفرع قبل الحكم.

و أمّا ما ذكر الماتن- قدّس سرّه- من حمل الروايات على صورة قول الأصل لا أعلم، ينافى ظاهرها فى إنكار الأصل الشهادة بالواقعة على الفرع.

(۱) قد تقدم عدم سقوط شهادة الفرع فيما إذا خالفا الأصل و كان الفرع أعدل، و كذا لا يقدح حضور الأصل فى شهادة الفرع فيما إذا حضر و لم يظهر مخالفته لشهادة الفرع، فللحاكم ان يحكم بشهادته، و إطلاق العبارة يقتضى عدم الاعتناء بشهادة الفرع حتى فى الصورتين.

(۲) هذا مبنى على المنسوب إلى المشهور، من أنّ خروج الشاهد عن شروط الشهادة بغير الموت و الإغماء قبل الحكم يوجب سقوط الشهادة عن الاعتبار، و بشهادة الفرع فى الفرض يثبت الشهادة التى لا اعتبار لها فى الحكم بها، و أمّا بناء على ما ذكرنا فى بحث القضاء، من أنّ خروج الشاهد عن الشرائط بعد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۵

و تقبل شهادة النساء على الشهادة، فيما يقبل فيه شهادة النساء منفردات، كالعيوب الباطنة و الاستهلال و الوصية، و فيه تردد أشبهه المنع (۱)، ثمّ الفرعان ان

شهادته و قبل الحكم نظير خروجه عنها بعد الحكم لا يضرّ بشهادته السابقة، و إنّ ميزان الحكم و هو الحكم بالبينة قد حصل، فلا موجب لرفع اليد عن شهادة الفرع.

و ما فى الجواهر تبعا لغيره من الفرق بين موت الشاهد أو إغمائه بعد شهادته و بين فسقه أو كفره، لكون الكفر و الفسق مقتضيا لعدم القبول بخلاف الإغماء و الموت، فإنّ أقصاهما عدم اقتضائهما القبول، فيه ما لا يخفى، حيث إنّ الفسق أو الكفر حال الشهادة يقتضى عدم القبول و بعد الشهادة كالموت و الإغماء لا يقتضيان القبول.

نعم، لو كان الخروج إلى الكفر و الفسق كاشفا عن عدم عدالتهما حين الشهادة أيضا، فعدم الاعتبار لفقد شرط الشهادة عند أدائها، و هذا خلاف الفرض.

و من العجب أنّ الماتن- قدّس سرّه- التزم بأنّ خروج الشاهد بالواقعة قبل الحكم لا يوجب نقصا فى مدرك القضاء، وفاقا للشيخ فى الخلاف و الحلبى، و لكن ذكر فى المقام أنّ خروج الأصل عن شرط القبول قبل الحكم بشهادة الفرع يمنع القضاء، مع انّ القضاء

بشهادة الفرع یقع علی شهادة الأصل التی وقعت عند عدم خروجه عن الشرط.

(۱) قد تقدم انّ ما ورد فی القضاء بالبینات ظاهره القضاء بشهادة العدلین، من غیر فرق بین کون شهادتهما بالواقعة مباشرة أو علی الشهادة فی تلک الواقعة، و ما ورد فی قبول شهادة النساء ظاهره شهادتهنّ بنفس الواقعة، فإنّها هی التی لا یطلع علیها الرجال، لا الشهادة بتلک الواقعة.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۶

سمّیا الأصل و عدّلاه، قبل (۱)، و ان سمّیاه و لم یعدّلاه سمعها الحاکم و بحث عن الأصل و حکم مع ثبوت ما یقتضی القبول و طرح مع ثبوت ما یمنع القبول لو حضر و شهد، أمّا لو عدّلاه و لم یسمّیاه لم یقبل.

و علیه فیتعیّن شهادة عدلین علی شهادة کل واحد منهنّ، و لا تفید شهادة النساء علی شهادتهن، حتی الأمر کذلک فی الشهادة علی الشهادة بالمال من الدین أو العین، فإنّ بشهادة رجل مع امرأتین یثبت الدین، و لا یثبت شهادة الرجل و المرأتین به بغیر شهادة العدلین، و دعوی الأولویة فی القبول لا وجه لها، فإنّها لا تخرج إلّا إلی الاستحسان.

(۱) تعرض- قدّس سرّه- لأداء الشهادة، علی الشهادة و ذکر انّ للأداء صورا:

الأولی: أن یذکرا اسم الأصل و أثبتا عدالتهما، بأن شهدا بعدالتهما و ما شهدا به عندهما، و هذا القسم من شهادة الفرع مدرک القضاء.

و الثانیة: أن یذکرا اسمهما و ما شهدا به عندهما و لم یشهدا بعدالتهما، و فی هذه الصورة فحص الحاکم عن عدالتهما فإن ثبتت یقضی بالشهادة المزبورة.

و الثالثة: أن لا یذکرا اسمهما بل ذکرا انّ کل واحد من العدلین شهد عندهما بکذا، و هذا لا یصلح مدرکا للقضاء، حیث إنّ مع عدم ذکرهما و عدم تعیینهما کما هو الفرض لا یتمکن الخصم علی الجرح بل یمکن أن یکونا أو یکون أحدهما غیر عادل عند الحاکم.

أقول: یشکل رفع الید عن إطلاق ما دلّ علی اعتبار البینة مع فرض شهادتهما بعدالة کل من شاهدی الأصل و إن لم یذکرا اسمهما، إلّا أن یتم الإجماع علی خلافه.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۷

و لو أقرّ باللواط أو بالزنا بالعمة أو الخالة أو بوطی البهیمة ثبت بشهادة شاهدین (۱)، و تقبل فی ذلک الشهادة علی الشهادة، و لا یثبت بها حدّ، و یثبت انتشار حرمة النکاح، و کذا لا یثبت التعزیر فی وطئ البهیمة، و یثبت تحریم الأکل فی المأکولة، و فی الأخری وجوب بیعها فی بلد آخر.

---

(۱) کما تسمع الشهادة علی الشهادة فی حقوق الناس کذلک تسمع الشهادة علی الإقرار فیها، و کذا الشهادة علی الإقرار فی حقوق اللّه.

و لکن لا تثبت بالشهادة علی الإقرار فیها الحدّ، بل تسمع بالإضافة إلی سائر ما یترتب علی موضوع الحد من نشر الحرمة، کما فی الشهادة علی الإقرار باللواط أو الزنا بالعمة و الخالة، حیث تحرم أم الموطوء و أخته و بنته علی اللّاطی المقرّ به، و فی الإقرار بالزنا بالخالة تحرم بناتها علی المقرّ، و کذا فی الزنا بالعمة علی الأحوط.

و کذا لا یثبت بالشهادة علی إقراره بوطی بهیمة التعزیر، و لکن تحرم أکل لحمها، علی المقرّ فیما یطلب أکل لحمها و فی غیرها یثبت علیه الغرامة و لزوم بیعها فی بلد آخر.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۸

[الطرف الخامس: في اللواحق]

اشارة

الطرف الخامس:

في اللواحق و هي قسمان:

[القسم الأوّل: في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد]

اشارة

القسم الأوّل: في اشتراط توارد الشاهدين على المعنى الواحد (۱)، و يترتب عليه مسائل:

[الأولى: توارد الشاهدين على الشيء الواحد، شرط في القبول]

الأولى: توارد الشاهدين على الشيء الواحد، شرط في القبول، فان

---

(۱) ذكر في القسم الأوّل من الطرف الخامس اشتراط وحدة الواقعة التي يحكيها الشاهدان، فلو لم يكن مدلول كلام كل من الشاهدين الحكاية عن الواقعة التي يحكيها الآخر فلا تتحقق البينة بتلك الواقعة، كما أنّه يعتبر في تحقّقها بها توافق حكايتهما فيها، فإن اختلفا في حكايتهما لم يصدق أنّ ما شهد به أحدهما شهد به الآخر.

و على ذلك فلا يعتبر في قيام البينة بواقعة اتّحاد الكلامين بحسب ألفاظهما، بل المعيار اتّحادهما في المحكي خارجا و توافقهما بحسب حكايته، فلا فرق بين أن قال أحدهما: قد غصب فلان مالا كذا من فلان، و قال الآخر: أخذ فلان ذلك المال من فلان عدوانا.

و على ما ذكر، فإن لم يكن لكلامهما ظهور في وحدة المحكي، بأن شهد

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۷۹

اتفقا معنى حكم بهما و ان اختلفا لفظا، إذ لا فرق بين أن يقولا غصب و بين أن يقول أحدهما غصب، و الآخر انتزع، و لا يحكم لو اختلفا معنى، مثل أن يشهد أحدهما بالبيع و الآخر بالإقرار بالبيع، لأنّهما شيئان مختلفان، نعم، لو حلف مع أحدهما ثبت.

أحدهما بأنّ فلانا باع المال الفلاني، و قال الآخر بأنّ فلانا أقرّ عنده ببيعه المال المزبور، لم يثبت دعوى البيع بالبينة، نعم لو حلف المدعى مع أحدهما يثبت دعواه لما تقدم، من ثبوت الدعاوى المالية بل غيرها بشاهد و يمين.

و هذا مع تعدد المحكي بحيث لا ينفي أحد الشاهدين ما يحكيه الشاهد الآخر، و إلّا فمع حكايتهما عن أمر واحد خارجي و اختلافهما في حكاية ذلك الأمر، كما إذا قال أحدهما: سرق زيد من عمرو النصاب ليلا، و قال الآخر: سرق ذلك النصاب من عمرو نهارا، فلا تتم البينة بالسرقة الخارجية.

و ظاهر كلام جملة من الأصحاب أنّ في هذه الصورة أيضا لو حلف المدعي مع أحد الشاهدين يثبت المال دون حدّ السرقة نعم يثبت حدّ السرقة، أيضا فيما إذا شهد أحدهما أنّه سرق ثوبا بعينه و قيمته درهم، و قال الآخر: أنّه سرقه و لكن قيمته درهمان، فإنّ السرقة الموجبة للحد ثبتت بشهادتهما معا و الاختلاف إنّما هو في قيمة ما سرق، فالواجب في الفرض على السارق درهم عند تلف العين، نعم إذا حلف المدعي على أنّ قيمته درهمان غرم درهمين.

و لكن ما يظهر من كلامهم لا يمكن المساعدة عليه، فإنّ ثبوت دعوى المدعى بشهادة أحدهما مع يمينه فيما إذا لم يكن بين شهادته و شهادة الآخر معارضة، لتعدّد الواقعة أو لاحتمال تعددها بحسب حكايتهما، و أمّا إذا أظهرا

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۰

[الثانية: لو شهد أحدهما أنّه سرق نصابا غدوة، و شهد الآخر انّه سرق عشيّة]

الثانية: لو شهد أحدهما أنّه سرق نصابا غدوة، و شهد الآخر انّه سرق عشيّة لم يحكم بها، لأنّها شهادة على فعلين، و كذا لو شهد الآخر انّه سرق ذلك بعينه عشيّة، لتحقق التعارض أو لتغاير الفعلين.

وحدتها و إنّ ما حكاها أحدهما هى حكاية الآخر و اختلفا فى نقلها بحيث ينفى كل منهما الواقعة على طبق حكاية الآخر.

فلا يفيد فى ثبوت دعوى المدعى حلفه مع شهادة أحدهما، لأنّ شهادته مبتلاة بالمعارض، و ظاهر ما تقدم من ثبوت الدعوى بشاهد واحد و يمين المدعى، ما إذا لم يكن شهادته مبتلاة بالمعارض، كما هو الحال فى القضاء بالبينة أيضا كما مرّ.

و ما فى كلام بعض من سقوط الشهادتين و تثبت الدعوى باليمين صحيح، لو كان مرادهم باليمين اليمين المردودة، و فى مثال الشهادة بسرقة النصاب لا يثبت الحد و لا الغرم، و فى مثال الثوب لا يثبت غرم درهمين بل الغرم فى مسألة النصاب و غرم درهمين فى مسألة الثوب يتوقف على اليمين المردودة.

نعم، لو اتفقا على الشهادة بسرقة النصاب فى زمان واحد، بأن قال كل منهما فى الشهادة: رأيت مع صاحبى إنّه يسرق النصاب، و لكن اختلفا فى ذلك الزمان، فقال أحدهما: أنّه كان ليلا و قال الآخر: كان نهارا، فلا يبعد ثبوت الغرم بل ثبوت الحدّ لاتفاقهما على الشهادة بالسرقة الواحدة، و اختلافهما فى زمانها كما ذكر لا يوجب تعدد المحكى أو احتماله، كما لا ينفى أحدهما ما يذكر الآخر من موجب الغرم و موجب الحدّ.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۱

[الثالثة: لو قال أحدهما سرق دينارا، و قال الآخر درهما]

الثالثة: لو قال أحدهما سرق دينارا، و قال الآخر درهما، أو قال أحدهما سرق ثوبا أبيض، و قال الآخر أسود، ففى كل واحدة منهما يجوز أن يحكم مع أحدهما مع يمين المدّعى (۱)، لكن يثبت له الغرم و لا يثبت القطع، و لو تعارض فى ذلك بيّنتان

---

(۱) لعل مراده- قدّس سرّه- ما إذا كانت شهادة أحدهما بواقعة غير الواقعة التى يشهد بها الآخر، و حيث إنّ لكل من الواقعتين شاهدا واحدا يمكن إثبات كل منهما أو أحدهما بضم يمين المدعى، فيلزم الغرم بالواقعة التى حلف بها المدعى، و لو فرض حلفه على كل منهما مع كل من الشاهدين يثبت الغرمان، و لكن لا يثبت القطع، لأنّ الحد لا يثبت بشاهد و يمين.

ثمّ ذكر- قدّس سرّه- انّه لو وقع التعارض بين البيّنتين فى عين واحدة، بحيث لا يحتمل تعدد الواقعة، بأن شهد اثنان انّه سرق الثوب الفلانى عشيّة، و شهد اثنان أنّه سرقه نهارا، أو قال أحدهما: سرق الدرهم الفلانى ليلا، و قال الآخر: سرقه نهارا.

ففى هذا الفرض لا يثبت القطع للشبهة لتعارض النقلين، و لكن يثبت الغرم على نسخة الجواهر، حيث قال فى تعليله:

أنّ سرقة ذلك الثوب أو الدرهم المزبور متفق عليه بين البينتين و الاختلاف فى غيرها، من وقوعها ليلا أو نهارا، و عن المبسوط: انّ الحاكم فى حكمه بالسرقة يعتمد على احدى البينتين و يخرجها بالقرعة، و استشكل فى القرعة فى كشف اللثام بأنّه لا فائدة فى

استعمال القرعة فى المقام و لا يترتب عليها ثمرة، و أورد- قدّس سرّه- بأنّ على الحاكم تعيين البينة التى يعتمد عليها فى حكمه بتحقق السرقة، و لا يمكن التعيين إلّا بالقرعة، و يترتب على تعيينها بها الثمرة عندما يرجع الشاهد عن شهادته فى ثبوت الغرم عليه، فإنّ الغرم يثبت عند رجوع شاهد أخرجت شهادته بالقرعة فى تعيين البينة، و لكن استشكل فى ذلك بأنّ القرعة فى البينتين عندما لم يمكن العمل بهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۲

على عين واحدة سقط القطع للشبهة، و لم يسقطه الغرم، و لو كان تعارض البينتين (۱) لا على عين واحدة ثبت الثوبان و الدرهمان.

أقول: لم يظهر الفرق بين هذا الفرض و بين ما تقدم، من قول أحد الشاهدين: أنّه سرق النصاب ليلا، و قال الآخر: أنّه سرقه نهارا، فإنّ شهادة الشاهدين بواقعة واحدة بينة فلا بدّ من ثبوت الغرم، لو لم نقل بثبوت القطع أيضا، حيث إنّ الاختلاف فى أنّ زمان الواقعة كان ليلا أو نهارا لا يوجب تعدّدها.

تبريزى، جواد بن على، أسس القضاء و الشهادة، در يک جلد، دفتر مؤلف، قم - ايران، اول، ه ق

أسس القضاء و الشهادة؛ ص: ۵۸۲

إلّا أن يحمل ما تقدم على صورة احتمال تعدّد الواقعة فى شهادتهما، بأن سرق المال نهارا ثم أخذه مالك المال ثمّ سرقه ليلا، و هذا الاحتمال لا- يجرى فى تعارض البينتين على عين واحدة، حيث انّ الشاهدين من كل من البينتين يشهدان بواقعة من غير اختلافهما فيهما، و انّما الاختلاف بين شاهدى البينة مع شاهدى البينة الأخرى.

(۱) المراد من تعارض البينتين لا على عين واحد تواردهما، بأن قامت بينة بأنّه قد سرق الثوب الأسود، و شهدت بينة أخرى أنّه سرق الثوب الأبيض، أو قالت إحداهما: أنّه سرق الدرهم، و قالت الأخرى: أنّه سرق الدينار، و فى هذا الفرض يثبت ضمان الثوبين و ضمان الدرهم و الدينار، و لا موجب فى الفرض لسقوط القطع، و الشبهة مع وحدة العين غير آتية مع عدم وحدتها.

نعم، لو اعترف المدعى بعدم وقوع السرقتين، بل ادعى أحدهما فقط، فيمكن أن يقال بسقوط البينتين، إن لم يثبت دخولهما فيما ورد الأمر بالقرعة عند تعارضهما، كما هو كذلك، حيث انّ ما ورد فى القرعة بين البينتين لا يعمّ المقام، بل ظاهره ما إذا كان فى البين مدّعيان دعواهما متنافيتان و قام لكل منهما بينة، فإنّ فى هذه الصورة تخرج احدى البينتين بالقرعة و يحلف صاحب تلك البينة و المقام ليس من هذا القبيل، و اللّه سبحانه هو العالم.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۳

[الرابعة: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له آخر انّه باعه ذلك الثوب بعينه فى ذلك الوقت بدينارين]

الرابعة: لو شهد أحدهما أنّه باعه هذا الثوب غدوة بدينار، و شهد له آخر انّه باعه ذلك الثوب بعينه فى ذلك الوقت بدينارين لم يثبتا، لتحقق التعارض، و كان له المطالبة بأيّهما شاء مع اليمين (۱)، و لو شهد له مع كل واحد شاهد آخر ثبت

---

(۱) مراده- قدّس سرّه- أنّ بيع الثوب المفروض بدينار واقعة و بيعه بدينارين يحسب معاملة أخرى، و لا تجتمع الواقعتان فى الفرض، مع عدم قيام بينة بكل منهما، بل شهد واحد بأحد البيعين و الآخر بالبيع الآخر، فيمكن للمدعى مع دعواه أحدهما بعينه إثباته بشاهد واحد مع ضم يمينه.

أقول: قد تقدم إنّ ضم اليمين إلى شاهد إنّما إذا لم تكن شهادته مبتلاة بالمعارض كما هو الفرض فى المقام.

و لو قامت بكل من البيعين بينة ثبت الديناران و انّه يستحقّهما على المدعى عليه، لتمام البينة عليه و لغت البينة التى قامت بالدينار.

و ظاهر المحكى عن المبسوط انّ البينتين فى الفرض متعارضتان، و قال فى الجواهر: التعارض صحيح فيما إذا كان لكل من البيع بالدينارين و البيع بالدينار مدعيا، كما إذا قال البائع بعته بدينارين و قال خصمه اشتريته بدينار فقط.

أقول: مع اختلاف البائع و المشترى كما ذكر، و قيام البينة لكل منهما يدخل الفرض فى البينتين المتعارضتين فيقرع بينهما، فمن أخرجت القرعة بينتها يحلف كما تقدم، كما أنّه مع عدم البينة لا للبائع و لا المشترى، فمع بقاء الثوب يحلف البائع و تثبت دعواه و مع عدم بقائه يحلف المشترى عملا بالنص الوارد فى المورد، على ما تقرر فى مبحث اختلاف المتبايعين.

و لو فرض أنّ خصم المدعى ينكر الشراء، فبينة البيع بالدينارين مع بينته بدينار متعارضتان عند الحاكم و ان يعترف الخصمان ببطلانها، فلا يمكن له

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۴

الديناران، و لا كذلك (۱) لو شهد واحد بالإقرار بالألف و الآخر بألفين، فإنّه يثبت الألف بهما و الآخر بانضمام اليمين، و لو شهد بكل واحد شاهدان، يثبت الألف بشهادة الجميع، و الألف الآخر بشهادة اثنين.

الحكم بثبوت البيع بدينارين، و لا مجال فى الفرض للقرعة أيضا لأنّ الأمر الوارد بالرجوع إلى القرعة فيما إذا أحرز انحصار الحق بين البينتين، و فى الفرض يحتمل الحاكم عدم وقوع البيع أصلا و لا قيمة للبينة المبتلاة بالمعارض، و عليه فيحلف المشترى على عدم الشراء، أخذا بما دلّ على كون الحلف على المدعى عليه مع عدم قيام البينة للمدعى، و المراد البينة غير المبتلاة بالمعارض.

اللّهمّ إلّا أن يقال: ليس للحاكم الحكم بوقوع البيع بدينار لاتفاق الخصمين على عدمه، فتكون بينة الدينارين بلا معارض.

(۱) كان نظره- قدّس سرّه- إن بيع شىء بدينار مع بيعه بدينارين من المتباينين، بخلاف الإقرار بالألف و الإقرار بألفين أو ضمان دينار أو ضمان دينارين فإنّهما من الأقل و الأكثر، و عليه فلو شهد شاهد بإقراره لزيد بألف و شهد الآخر بإقراره له بألفين، فبالاضافة إلى الإقرار بالألف يحسب شهادتهما بينة، و كذا الحال فى الشهادة بقيمة الثوب بعد تلفه، و امّا الإقرار بالألف الآخر أو ضمان الزائد فهو قول شاهد واحد يمكن أن يثبت بضم حلفه إلى قوله.

أقول: هذا فيما إذا لم ينف الشاهد بالإقرار بالألف وقوع الإقرار بالزائد أو لم ينف ضمان الزائد و إلّا تكون شهادة المثبت مبتلاة بالمعارض، كما تقدم فى الشهادة بسرقة ثوب معين و انّ قيمته درهم و شهادة الآخر بسرقته و قيمته درهمان.

و على ما ذكر- قدّس سرّه- يترتب أنّه لو شهدت بينة على الإقرار بالألف و شهدت بينة أخرى بالإقرار بالألفين، ثبت الألف بشهادة شهود كلتا البينتين و الألف الآخر يثبت بالبينة بالاقرار بألفين، و قد ذكرنا أنّ هذا فيما إذا لم ينف البينة بالأقل الإقرار بالألف الثانى أو ضمان الزائد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۵

و كذا لو شهد أنّه سرق ثوبا قيمته درهم و شهد آخر أنّه سرقه و قيمته درهمان، ثبت الدرهم بشهادتهما، و الآخر بالشاهد و اليمين، و لو شهد بكل صورة شاهدان ثبت الدرهم بشهادة الجميع، و الآخر بشهادة الشاهدين بهما، و لو شهد أحدهما بالقذف غدوة و الآخر عشية أو بالقتل كذلك لم يحكم بشهادتهما (۱)، لأنّها شهادة على فعلين، أمّا لو شهد أحدهما بإقراره بالعربية، و الآخر بالعجمية قبل، لأنّه اخبار عن شىء واحد.

---

(۱) يريد بذلك بيان أنّه لو شهد شاهدان كلّ منهما بواقعة غير الواقعة الأولى، سواء أمكن اجتماعهما كشهادة القذف أم لم يمكن

كما إذا اختلفا فى قتل شخص، و قال أحدهما: قتله ليلا، و شهد الآخر فقال: قتله نهارا، فلا يثبت شىء منهما، لتوقف كل منهما على شهادة العدلين فى ثبوته لولا التكاذب، حيث إنّ كلّا من القذف و القتل يحتاج فى ثبوته إلى شهادة الشاهدين، و لم يتمّ فى كل قذف شهادتهما و الآمر فى الشهادة بالقتل كذلك مع حصول التكاذب أيضا.

بخلاف ما إذا تعدّد الواقعة و أمكن حصول المتعدد و يثبت كل منهما بشهادة عدل، كما إذا شهد أحدهما أنّه أقر لزيد بألف بالعربية، و شهد الآخر أنّه أقرّ له بألف بالعجمية، حيث يحتمل حصول الإقرارين بلا تناف بينهما، فإنّ كلّا من الإقرارين اخبار عن شىء واحد، فتقبل شهادة كل منهما بضم يمين المدعى.

و لكن ظاهر عبارته- قدّس سرّه- عدم الحاجة فى الأخير إلى ضم اليمين، حيث علّل القبول بأنّه اخبار عن شيء واحد.

و فيه: إنّ الإقرار و ان يكون اخبارا عن شىء واحد إلّا أنّ هذا بالإضافة إلى المقرّ، فتعدّد إقراره مع وحدة المقرّ به خارجا لا يوجب إلّا تعدد الحكاية، و أمّا بالإضافة إلى شهادة الشاهد فكل من الشاهدين يخبر عن حكاية غير حكاية الآخر و ثبوت كل منهما يكون بالبينة أو بشاهد و يمين المدعى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۶

[القسم الثانى: فى الطوارى]

اشارة

القسم الثاني: في الطواري، و هي

[مسائل]

اشارة

مسائل:

[الأولى: لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما]

الأولى: لو شهدا و لم يحكم بهما فماتا حكم بهما (١)، و كذا لو شهدا ثمّ زكّيا بعد الموت.

[الثانية: لو شهدا ثمّ فسقا قبل الحكم حكم بهما]

الثانية: لو شهدا ثمّ فسقا قبل الحكم حكم بهما، لأنّ المعتبر فى العدالة عند الإقامة، و لو كان حقّا للّه كحدّ الزنا لم يحكم، لأنّه مبنى على التخفيف، و لأنّه نوع شبهة، و فى الحكم بحدّ القذف و القصاص تردّد، شبهه الحكم لتعلّق حق الآدمى به.

---

(١) الظاهر عدم الخلاف فى جواز القضاء بشهادة شاهدين ماتا أو مات أحدهما قبل الحكم، حيث إنّ مدرك القضاء شهادة العدلين بالدعوى أو بغيرها و قد تحققت، فموت أحدهما أو كليهما كحياتهما بعد شهادتهما غير دخيل فى القضاء تكليفا أو وضعا، و من هذا

القبيل ما إذا شهدا ثم زكّيا بعد موت أحدهما أو كليهما، حيث إنّ مع التزكية يحرز حصول البينة و تمامها للمدعى.

و هل الحكم كذلك فيما إذا شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما قبل الحكم، أو يسقط شهادة الفاسق عن الاعتبار مطلقا، أو يفصّل بين ما كان المشهود به من حق الآدمى فلا يسقط اعتبار الشهادة و بين حق اللّه المحض.

ظاهر الماتن- قدّس سرّه- هو الثالث، و لكن ذكر فيما سبق فى مسألة فسق شاهدى الأصل عند شهادة الفرع ما يقتضى الثانى يعنى عدم القبول مطلقا، كما هو المحكى عن الشيخ- قدّس سرّه- فى أحد قوليه و العلّامة فى المختلف و الشهيدين- قدّس سرّهم.

و يستدل على ذلك بما استفاض من الروايات الواردة فى ردّ شهادة الفاسق، و يضعّف بأنّ ظاهر تلك الروايات عدم قبول شهادة الفاسق عند شهادته، كما هو الحال فى ردّ شهادة الشريك لشريكه فى المال المشترك أو ردّ شهادة الأجير و غيرهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۷

[الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم]

الثالثة: لو شهدا لمن يرثانه فمات قبل الحكم فانتقل المشهود به إليهما، لم يحكم لهما بشهادتهما.

[الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم]

الرابعة: لو رجعا عن الشهادة قبل الحكم لم يحكم (۱).

و دعوى أنّ مع فسقهما تحصل الشبهة فى شهادتهما السابقة، و لذا ذكر الماتن فى المقام عدم الحكم بشهادتهما فى حدود اللّه و كأنّه لدرء الحدود بالشبهة، و لأنّها مبنية على التخفيف.

و لكن شيئا من ذلك لا يصلح لرفع اليد عمّا دلّ عليه من اعتبار البينة، أى شهادة رجلين عدلين عند أدائها، و لا تكون فى البين شبهة فى الحكم، لا فى حق الآدمى و لا فى الحدّ، فإنّ مع ثبوت موجبه لا معنى للتخفيف.

و لو كان فى البين شبهة لما كان يجرى، سواء كان من حق اللّه المحض جلّ و علا أم مشتركا كحدّ القذف و القصاص، بناء على كونه عقوبة على القتل.

نعم قد يشكل الحكم فيما إذا شهد لمن يرثانه فمات قبل الحكم و انتقل المشهود به من المال إليهما، فإنّه ربّما يقال بأنّ الحكم بعد ذلك بكون المال لهما من الحكم للمدعى بشهادة نفسه، و يمكن الجواب عن ذلك أيضا بأنّ ظاهر ما ورد فى أنّ البينة على المدعى هو كون المدعى غير الشاهدين عند شهادة الشاهدين، و أمّا المغايرة عند صدور الحكم فلا يساعد على المغايرة دليل، و اللّه سبحانه هو العالم.

(۱) لو رجعا عن شهادتهما قبل الحكم لم يحكم، بلا خلاف ظاهر أو معروف، نعم عن ظاهر كشف اللثام أنّه يحكم و لا يعتنى برجوعهما بعد إقامتهما الشهادة فيما كانا معروفين بالعدالة و الضبط، و لكن الأظهر عدم الحكم بشهادتهما برجوعهما قبل الحكم حتى ما إذا عادا إلى شهادتهما.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۸

....

و يستدلّ على عدم الحكم بأنّ الشهادة التى رجع الشاهد عنها قبل الحكم لا تحسب شهادة، و ما دلّ على انّ القضاء بالبينات ينصرف عن الشهادة المزبورة، بل ذكرنا سابقا انّ البينة المبتلاة بالمعارض لا تصلح مدركا للحكم، و رجوع الشاهد عن شهادته يعارض الشهادة السابقة، و لما كان قيام المعارض قبل الحكم فلا تصلح سندا للحكم.

و بتعبير آخر الرجوع عن الشهادة إمّا يكون بنفى ما شهد به أوّلا أو نفى حسّه ذلك المشهود، فيكون كما إذا شهدا بأمر و شهد عدلان آخران بنفى ما شهدا به، أو بنفى حضورهما فى الواقعة التى شهدا بها.

و هذا فيما إذا كان رجوعهما بدعواهما وقوع الاشتباه فيما وقعا منهما من الشهادة ظاهر، نعم لو كان رجوعهما بقولهم: إنّا تعمّدنا الكذب، فيشكل رفع اليد عن شهادتهما السابقة لو كان عدلهما عند إقامة الشهادة محرزا، فإنّهما و إن يحكم بفسقهما فعلا بالكذب إمّا بالشهادة السابقة أو برجوعهما، إلّا أنّ مقتضى الطريق إلى عدلهما عند شهادتهما و لا أقل من أنّ مقتضى الاستصحاب فى عدلهما عند أدائهما الشهادة اعتبارها.

و يدلّ على عدم جواز الحكم بعد الرجوع مرسلة جميل عمن أخبره عن أحدهما- عليهما السلام-: «قال فى الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئا» «۱»، فإنّ ظاهرها إلغاء الشهادة برجوع الشاهد قبل الحكم.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۸۹

....

و استدلّ فى كشف اللثام بجواز الحكم مع رجوع الشاهد على ما قيل بصحيحة هشام بن سالم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- قال: «كان أمير المؤمنين- عليه السلام- يأخذ بأوّل الكلام دون آخره» «۱»، و فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام- : «انّ النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قال: من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل و طرحنا الأخير» «۲»، بدعوى أنّ ظاهرهما أنّ الرجوع عن الشهادة بعد إقامتها لا يسقط اعتبارها.

و لكن فى نسخة الوسائل فى صحيحة هشام: «كان أمير المؤمنين- عليه السلام- لا يأخذ بأوّل الكلام دون آخره» «۳»، و لا يحتمل أن يكون الغلط فى نسخة الوسائل لأنّه لو كان الوارد: و كان أمير المؤمنين يأخذ بأوّل الكلام، لما كان إيراده فى الباب الذى أورده مناسبا.

و على الجملة، مع إجمال متن الرواية لا يمكن الاستدلال بها، مع أنّ إطلاقها ممّا لا يمكن الأخذ به فيما كان آخر الكلام قرينة على المراد من أوّل الكلام.

و أمّا رواية السكونى فقد رواها الصدوق- قدّس سرّه- عن النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم مرسلا، و فى نقله: «من شهد عندنا بشهادة ثم غيّر أخذنا بالأولى و طرحنا الأخرى» «۴»، و هذه و إن يمكن الاستظهار كما ذكر كاشف اللثام و لكنّها لإرسالها لا يمكن الاعتماد عليها.

---

(۱) التهذيب ۶: ۳۱۰، الحديث ۸۵۳.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۳۹.

(۳) المصدر نفسه: الباب ۴ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۳: ۱۵۸.

(۴) الفقيه ۳: ۴۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۰

و لو رجعا بعد الحكم و الاستيفاء و تلف المحكوم به لم ينقض الحكم (۱)، و كان الضمان على الشهود.

و رواها الشيخ بسنده عن محمّد بن أحمد بن يحيى و متنها كما نقلنا، و ظاهر قوله- عليه السلام-: «انّ النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قال: من شهد عندنا ثم غيّر أخذناه بالأوّل و طرحنا الأخير» «۱»، أخذ الشاهد بأوّل كلامه.

و هذا لا يجرى إلّا فى مثل الإقرار، حيث انّ العدول عنه و لو فى آخر كلامه غير مسموع لا يوجب ترك أخذه بما أقر به أوّلا، و لكن الشاهد المفروض فى المقام لا يؤخذ و إنّما يؤخذ بشهادته كما لا يخفى، و ممّا ذكر يظهر أنّ رجوعهما ينافى شهادتهما حتى ما إذا عادا إليها.

(۱) و أمّا إذا كان رجوعهما بعد الحكم و بعد الاستيفاء فلا ينقض الحكم بل يكون الضمان عليهما، بلا خلاف معروف أو منقول، و يشهد لذلك صحيحة جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شاهد الزور قال: «ان كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» «۲».

و فى صحيحته الأخرى عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شهادة الزور: «ان كان قائما و إلّا ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل» «۳».

و هاتان المحتمل اتّحادهما و إن وردتا فى شاهد الزور إلّا أنّ الإتلاف الموجب للضمان يجرى فى صورة الرجوع أيضا لنفوذ الحكم بعد صدوره بميزانه، بل

---

(۱) التهذيب ۶: ۲۸۲.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۳۹.

(۳) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۱

....

يمكن الاستدلال بمعتبرة السكونى المتقدمة فى صورة الحكم و انقضاء الاستيفاء، حيث إنّ مقتضاها أخذ الشاهد بشهادته الأوّلية و معنى أخذه بها ضمانه.

و على الجملة، فلا موجب لرفع اليد عن الحكم الحاصل بموازينه فيما إذا حصل الرجوع بعده و بعد الاستيفاء، بلا فرق فى ذلك بين حقوق اللّه و حقوق الناس، و يدلّ على ضمان الشهود فى حق اللّه أيضا صحيحة محمد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- فى رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر، فقال:

هذا السارق و ليس الذى قطعت يده إنّما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الدية و لم يجز شهادتهما على الآخر» «۱».

و فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام-: «فى رجلين شهدا على رجل أنّه سرق فقطعت يده، ثم رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما دية اليد من أموالهما خاصّة، و قال فى أربعة شهدوا على رجل أنّهم رأوه مع امرأة يجامعها و هم ينظرون، فرجم، ثمّ رجع واحد منه، م قال: يغرم ربع الدّية إذا قال:

شبّه علىّ، و إذا رجع اثنان و قالا: شبّه علينا، غرما نصف الدية، و إن رجعوا كلّهم و قالوا: شبّه علينا، غرموا الدية، و إن قالوا: شهدنا

بالزور، قتلوا جميعا» «۲».

و هذه كما قبلها و إن وردت فى رجوع الشاهد أو الشهود بموجب الحد و لكن لا فرق بين الحدود و غيرها و لو بملاحظة ما تقدم.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۴۳.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۲۴ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۳.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۲

و لو رجعا بعد الحكم و قبل الاستيفاء، فإن كان حدّا للّه نقض الحكم (۱)

---

(۱) المشهور عند الأصحاب أنّه إذا رجع الشهود بموجب الحد عن شهادتهم بعد الحكم و قبل الاستيفاء ينقض الحكم، بلا فرق بين كون الحدّ من حق اللّه المحض أو غيره، و عللوا ذلك بأنّ الحدود مبنيّة على التخفيف و تدرء بالشبهة و رجوع الشاهد عن شهادته يحسب شبهة، بل ألحقوا بالحدود القصاص فإنّ القتل خطره عظيم و مورد للاحتياط.

و صرّح بعضهم انّ الساقط بالرجوع نفس الحدّ لا سائر ما يترتب على ارتكاب الموجب، من نشر الحرمة و انتقال ماله إلى ورثته، كما إذا شهدا بالارتداد و رجعا عن شهادتهما بعد الحكم، فإنّ الساقط قتل المشهود عليه بالارتداد لا انتقال أمواله إلى ورثته و اعتداد زوجته.

و إذا ألحق القصاص بالارتداد فى سقوطه برجوع الشاهدين أو أحدهما، فهل يطالب المشهود عليه بالدّية أو لا يطالب بشىء، فإنّ الدّية تطالب بالمصالحة فى مورد القصاص أو لثبوت الموضوع لها و هو القتل خطأ، و المفروض عدم ثبوته و عدم المورد للمصالحة لفقد القصاص.

و لكن يقال: أنّ نقض الحكم برجوعهما قبل الاستيفاء ينافى ما دلّ على نفوذه، و مع الدليل على نفوذ الحكم لا شبهة فى البين بحسب الظاهر، و أمّا الشبهة واقعا فهى تجرى حتى فى صورة عدم رجوع الشهود عن شهادتهم، و لعلّه لذلك تردّد فى نقض الحكم قبل الاستيفاء الفاضلان و فخر المحققين.

بل قيل بأنّه لو أجاز نقض الحكم قبل الاستيفاء برجوع الشاهد جرى جواز النقض فى العقوبات التى لا تدخل فى الحدود كالقتل و الجرح قصاصا، و فى الفروج لعظم خطرها و عدم استدراك فائت البضع.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۳

للشبهة الموجبة للسقوط، و كذا لو كان للآدمى كحد القذف أو مشتركا كحدّ السرقة.

أقول: لا يبعد القول بسقوط الحدّ برجوع الشهود فى الحدود قبل إجرائها حتى فيما إذا كان الرجوع بعد الحكم، بل لا يترتب سائر التوابع أيضا مع الرجوع و ذلك فإنّه لم يقم دليل فى إجراء الحد على اعتبار الحكم و القضاء، بل المقدار الثابت هو أن يثبت الارتكاب عند الحاكم، فعليه مع ثبوته عنده اجراء الحد و لا يعتبر إنشاء الحكم أوّلا و الثابت اعتبار الحكم و القضاء فى موارد الدعاوى و فصل الخصومات.

و عليه يكون رجوع الشاهد عن شهادته قبل اجراء الحدّ لمعارضة شهادته الثانية مع الأولى، لو لم نقل إنّ شمول دليل الاعتبار على الثانية يوجب انحلال الشهادة الأوليّة.

و يمكن استظهار سقوط الحدّ أو تأييد السقوط بصحيحة محمّد بن قيس عن أبى جعفر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- فى رجل جاء به رجلان و قالا: إنّ هذا سرق درعا، فجعل الرجل يناشده لما نظر فى البينة، و جعل يقول: و اللّه لو كان رسول

اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلّم ما قطع يدى أبدا، قال: و لم؟ قال: يخبره ربّه أنى برئ فيبرأنى ببرائتى، فلمّا رأى مناشدته إيّاه دعا الشاهدين فقال: اتّقيا اللّه و لا تقطعوا يد الرجل ظلما و ناشدهما، ثمّ قال: ليقطع أحدكما و يمسك الآخر يده- الحديث» «۱».
فإنّه ظاهرها سماع شهادة الشاهدين و ثبوت السرقة بشهادتهما، فقوله- عليه السلام- بعده: «اتّقيا و لا تقطعوا يد الرجل»، ظاهره إنّه لو أبديا بطلان شهادتهما و لو بخطائهما فى شهادتهما لم يجر عليه حدّ السرقة و لو بعد القضاء أى ثبوت السرقة.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۳۳ من أبواب مقدمات الحدود، الحديث ۲: ۳۴۵.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۴

و فى نقض الحكم لما عدا ذلك من الحقوق تردّد، أمّا لو حكم و سلم فرجعوا و العين قائمة، فالأصح انّه لا ينقض و لا يستعاد العين، و فى النهاية: تردّ على صاحبها، و الأوّل أظهر (۱).

[الخامسة: المشهود به ان كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثمّ رجعوا]

الخامسة: المشهود به ان كان قتلا أو جرحا فاستوفى ثمّ رجعوا فان قالوا تعمدّنا، اقتص منهم (۲)، و ان قالوا: أخطأنا كان عليهم الدية.

---

(۱) قد ظهر ممّا ذكرنا فى الحدود أنّه لا مجال للالتزام بنقض الحكم فى موارد الدعاوى المخاصمات بعد صدور الحكم بميزانه و شمول خطاب النفوذ له برجوع بعض الشهود عن شهادتهم، سواء كان الرجوع قبل تسليم العين إلى المشهود له أم بعده، غاية الأمر يكون على الراجع ضمان البدل للمشهود عليه، أخذا له باعترافه بإتلاف العين عليه، نظير الضمان فى موارد الإقرار بعد الإقرار، و يقتضى ذلك معتبرة السكونى المتقدمة، حيث مقتضاها انّ مع بقاء العين أيضا يؤخذ الشاهد بشهادته.
كما يدلّ على ذلك مرسلة جميل بن دراج حيث ورد فيها: «الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا» «۱»، فإنّ مقتضى الإطلاق تغريم الشهود مع بقاء العين و عدمه.
و ما ورد فى بعض الروايات المتقدّمة انّ مع بقاء العين تردّ إلى صاحبها، فهى ناظرة إلى صورة بطلان القضاء لكون الشهادة زورا، و هو غير مسألة رجوع الشاهد عن شهادته كما لا يخفى.
(۲) إن كان المشهود به موجبا للقصاص قتلا أو جرحا، أو كان موجبا

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۸.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۵

....

للحدّ قتلا أو رجما فاستوفى القصاص أو الحد ثمّ رجع الشهود عن شهادتهم، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ من الشهود، و إن قالوا: أخطأنا، فعليهم الدية فى أموالهم، حيث لم يقم دليل على كونها على العاقلة فى رجوع الشهود، بل ظاهر بعض ما ورد فى رجوع الشاهدين أنّ الدية من أموالهما، كما انّ ظاهر غيرها كون التكليف بأداء الدية متوجها إلى الشاهد.
و فى معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن علىّ- عليهم السلام-: «فى رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثمّ رجع أحدهما فقال: شبّه علينا، غرما دية اليد من أموالهما خاصّة» «۱».

و فی معتبرة مسمع کردین عن أبی عبد اللّه- علیه السلام-: «فی أربعة شهدوا علی رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شککت فی شهادتی، قال: علیه الدیة، قال: قلت: فإن قال: شهدت علیه متعمدا؟ قال: یقتل» «۲».

ثمّ إنّ کل ما ورد فی رجوع الشاهدین ظاهره قبول قوله فی کون شهادته التی رجع عنها بنحو الخطاء أو التعمد.

نعم ذکر فی الجواهر أنّه لو منع عن قبول قوله فی التعمّد و الخطأ فهل یلزم بالدیة لأنّه لا یبطل دم امرء مسلم أو یتوقف حتی یعلم الحال و لو بموت الشاهد و نحوه لینتقل الأمر إلی الدیة، الأقوی الأوّل، و یستفاد ما ذکره- قدّس سرّه- من الاستدلال فی بعض ما ورد فی تعلیل الدیة فی بعض موارد ثبوت القتل.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۴ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۴۳.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحدیث ۳: ۲۴۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۶

و ان قال بعضهم تعمّدنا، و بعض أخطأنا، فعلی المقرّ بالعمد القصاص، و علی المقر بالخطإ نصیبه من الدیة (۱)، و لولیّ الدم قتل المقرّین بالعمد أجمع، و ردّ الفاضل عن دیة صاحبه، و له قتل البعض و یردّ الباقون قدر جنایتهم.

و لو قال أحد شهود الزنا بعد رجم المشهود علیه: تعمدّت، فان صدّقه الباقون (۲) کان لأولیاء الدم قتل الجمیع، و یردّون ما فضل عن دیة المرجوم، و ان شاءوا قتلوا واحدا، و تردّ الباقون تکملة دیته بالحصص بعد وضع نصیب المقتول، و ان شاءوا قتلوا أکثر من واحد، و یردّ الأولیاء ما فضل عن دیة صاحبهم، و أکمل الباقون من الشهود ما یعوز بعد نصیب المقتولین.

و أمّا لو لم یصدقه الباقون (۳) لم یمض إقراره إلّا علی نفسه فحسب، و قال فی

---

(۱) قد تقدم انّ الشاهد فیما إذا رجع عن شهادته یقبل قوله فی أنّ شهادته السابقة کانت خطأ أو عمدا، و علیه فإن قال بعض الشهود: تعمّدت، و قال بعض الآخر: أخطأت، فعلی المعترف بالتعمّد القصاص و علی المعترف بالخطإ الدیة، و لولیّ الدم قتل المقرّین بالتعمد و دفع ما یفضل عن دیة المرجوم علی أولیاء الشاهد المقتول بالقصاص، و یأخذ من المعترف بالخطإ مقدار ما علیه من الدیة.

و إذا قال اثنان من شهود الزنا: تعمّدنا، و اثنان آخران: أخطأنا، و اقتصّ ولی المرجوم من المقرّین بالتعمّد، یدفع إلی أولیاء کل من الشاهدین المقتولین بالقصاص ثلاثة أرباع دیته و یأخذ من المعترفین بالخطإ کل منهما بربع الدیة.

(۲) المراد أن یقول الباقون: نعم تعمّدنا فی الشهادة.

(۳) المراد أن یقول الباقون: لا نرجع عن شهادتنا، ففی هذا الفرض یکون إقرار الشاهد الراجع عن شهادته نافذا فی حقه، لکونه إقرارا علی نفسه فلولی المرجوم القصاص منه مع ردّ فاضل دیته أو أخذ الدیة منه بحسب نصیبه.

و ذکر الشیخ- قدّس سرّه- فی النهایة ان اقتص منه ولی المرجوم یدفع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۷

النهایة: یقتل و یرد علیه الباقون ثلاثة أرباع الدیة، و لا وجه له، و لو شهدا بالعتق فحکم ثمّ رجعا ضمنا القیمة (۱) تعمّدا أو خطاء، لأنّهما أتلفاه بشهادتهما.

الباقون من شهود الزنا ثلاثة أرباع الدیة إلی ورثة الشاهد المقتول قصاصا.

و لعلّه- قدّس سرّه- اعتمد فیما ذکر مع کونه علی خلاف القاعدة علی روایة إبراهیم بن نعیم الأزدی قال: «سألت أبا عبد اللّه- علیه السلام- عن أربعة شهدوا علی رجل بالزنا فلمّا قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: یقتل الراجع و یؤدی الثلاثة إلی أهله ثلاثة

أرباع الدية» «۱».

و فيه مع عدم ثبوت توثيق لإبراهيم بن نعيم الأزدى يحمل على دعوى الثلاثة الخطأ فى رجوعهم، كما يحمل قتل الراجع بصورة إقراره بالتعمّد، بقرينة ما استفدنا من الروايات المتقدمة انّ وجه الضمان إتلاف الشاهد، فإن كان مع التعمد يثبت القصاص و فى غيره الدية.

بقى أمر، و هو أنّه إذا شهدوا بالزنا الموجب للجلد فجلد، فاتّفق موته بالجلد، ثمّ رجع بعضهم و قال: تعمّدت، تثبت الدية بمقدار شهادته، حيث إنّ الرجوع الموجب للقتل ما إذا شهدوا بموجبه، و أمّا الشهادة بما لا يوجبه و يقع الموت معه اتفاقا، فيبقى التعمّد فيه فى الإتلاف خطأ.

(۱) إذا شهدا بأنّ مولاه قد أعتقه، فحكم بحصول العتق، ثمّ رجعا عن شهادتهما لم يبطل الحكم، لما تقدم من أنّ الرجوع عن الشهادة بعد الحكم لا ينقض الحكم، و بما أنّ رجوعهما اعتراف بإتلافهما العبد على مولاه ضمنا له قيمته، و القيمة فى القيميات وقت الإتلاف و هو حصول الحكم من الحاكم.

و القول بعود العبد إلى الرق فيردّ على مولاه، كما عن بعض العامة، بلا وجه، حتى فيما إذا اعترفا بالتعمّد فإنّ الإتلاف الموجب للضمان لا يفرق فيه بين التعمد و غيره.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۲ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۰.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۸

[السادسة: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نقض الحكم و استعيد المال]

السادسة: إذا ثبت أنّهم شهدوا بالزور نقض الحكم (۱) و استعيد المال، و ان تعذر غرّم الشهود، و لو كان قتلا ثبت عليهم القصاص و كان حكمهم حكم الشهود إذا أقرّوا بالعمد، و لو باشر الولى القصاص و اعترف بالتزوير لم يضمن الشهود و كان القصاص على الولى.

---

(۱) المراد بشهادة الزور الشهادة الباطلة، و إذا علم الحاكم بطلان الشهادة المزبورة علما وجدانيا و لو بالقرائن نقض حكمه، حيث تبين أنّه لم يكن على موازين القضاء، و إنّه لم تكن أقوال الشهود بينة.

و هذا النقض نظير ما تقدم سابقا من ظهور حال الشهود و إنّهم كانوا عند أداء الشهادة فسّاقا، و هذا غير قيام البينة بأنّهم كانوا عند شهادتهم بشاهدى الزور، فإنّ هذه البينة مع الحكم لا تسمع.

كما أنّ هذه المسألة غير مسألة رجوع الشاهدين عن شهادتهم بعد الحكم، سواء قالوا: تعمدنا، أم قالوا: أخطأنا، فإنّ قبول رجوعهم كان من باب سماع الإقرار على أنفسهم.

و فى صحيحة جميل عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شاهد الزور قال: «إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلف من الرجل» «۱»، و قريب منها صحيحته الأخرى» «۲».

و لو كان المشهود به قتلا ثبت عليهم القصاص، و يدلّ عليه ما ورد فى رجوع الشهود و انّهم إذا أقروا بالعمد قتلوا، حيث انّ تبين كون شهادتهم زورا لا يقصر عن مسألة إقرارهم.

نعم لو باشر الولى القصاص و اعترف بالتزوير و علمه ببطلان شهادة

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۳۹.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۵۹۹

[السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا]

السابعة: إذا شهدا بالطلاق ثمّ رجعا، فان كان بعد الدخول لم يضمنا (۱)،

الشهود يكون الضمان عليه و يقتصّ منه، لأنّه المباشر فى القتل، و يدخل فى الموارد التى يكون المباشر فيها أقوى فى نسبة القتل إليه، كما ظاهر كلام الماتن فى إثباته القصاص على الولى مع اعترافه بالتزوير.

و قد يقال بأنّه مع رجوع الشهود يكون الولى شريكا فى القتل و يثبت القصاص أو الدية على الجميع و يلزم على ذلك مع اعترافه وحده بالخطإ ان يكون عليه ربع الدية.

و على الجملة الكلام فى المقام، فى أنّ القتل بعنوان القصاص أو الحدّ مستند إلى الولى المباشر خاصّة و الشهود نظير الممسک للقاتل، أو أنّ استناده إليهم كاستناد القتل إلى متعدّد.

(۱) و الوجه فى ذلک أنّهما لم يفوّتا على الزوج شيئا من مهرها، لاستقراره عليه بالدخول كما هو الفرض.

و ربّما يخطر بالبال أنّهما أتلفا على زوجها بضعها فيما لم يكن المشهود به طلاقا رجعيا، أو كانت شهادتهما بالطلاق الرجعى الذى انقضت فى زمن أدائهما الشهادة عدتها، و لكن البضع لا يضمن، و لذا لا تضمن المرأة لزوجها بقتلها نفسها، و كذا لا يضمن الغير لزوج المرأة بقتلها.

و ذكر فى كشف اللثام انّه لو صحّ ضمان البضع لزم أن لا ينفذ طلاق الزوج المريض إلّا من الثلث و إن لا ينفذ فيما كان للزوج دين محيط بتركته.

و لكن لا- يخفى ما فيه، فإنّه لو فرض بأنّ الطلاق إتلاف البضع و البضع يضمن، فهو بالإضافة إلى زوجها لا بالإضافة إلى الورثة أو الديان، فلا مانع عن طلاق الزوج مع إحاطة دينه تركته، و كذا فى طلاق المريض.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۰

و ان كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر المسمّى (۱)، لأنّهما لا يضمنان إلّا ما دفعه

نعم فى طلاق المريض بالإضافة إلى إرث زوجته تفصيل مذكور فى كتاب الطلاق و لا يرجع إلى مسألة تفويت البضع، هذا بالإضافة إلى الشهادة على الزوج المطلّق بطلاقه بعد دخوله.

(۱) و أمّا إذا كانت الشهادة بالطلاق قبل دخوله، فقد ذكر الماتن أنّ الشاهدين برجوعها بعد الحكم بالطلاق يضمنان للزوج نصف المهر، و هذا منسوب إلى المشهور، و لكن لا يمكن المساعدة عليه، بل الشاهدان كفرض الدخول لا يضمنان شيئا، فإنّهما لم يتلفا على زوجها نصف المهر، لاستقرار نصف المهر على الزوج بمجرّد العقد يعنى النكاح، و إنّما الطلاق يوجب سقوط النصف الآخر عن ذمة الزوج أو خروجه عن ملک المرأة.

نعم، فى المقام فروض أخرى:

منها: ما إذا شهد الشاهدان بطلاق امرأة زورا فاعتدّت المرأة و تزوجت زوجا آخر استنادا إلى شهادتهما و كان الزوج غائبا فجاء و

أنكر الطلاق، فيفرّق بين المرأة و من تزوجت نفسها منه أخيرا، و تعتدّ منه عدّة وطأ الشبهة، و يضمن الشاهدان الصداق للزوج الأخير و يضربان حدّ شهادة الزور، و قد ورد فى موثقة سماعة و غيرها: انّ شهود الزور يجلدون حدّا ليس فيه وقت أى عدد معين «۱»، و يعبّر عنه بالتعزير و يلزم على ذلک حرمتها للأخير مؤبدا.

و يشهد لما ذكر صحيحة إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شاهدين شهدا على امرأة بأنّ زوجها طلّقها، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها فأنكر الطلاق قال: «يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج، ثمّ تعتد، ثمّ ترجع إلى

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱ و ۲: ۲۴۴.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۱

المشهود عليه بسبب الشهادة.

زوجها الأوّل» «۱».

و ظاهر الحد حدّ شهادة الزور، و على الجملة فذكر الحدّ فى الصحيحة قرينة جليّة على وقوع الطلاق بشهادة الزور أو اعتراف الشاهدين بأنّهما قد شهدا بالطلاق زورا فى كلتا الصورتين.

و منها: ما إذا فرض أنّهما شهدا على الزوج الغائب بأنّه طلّقها و تزوّجت بعد عدّتها بآخر، ثمّ جاء الزوج فأنكر الطلاق و كذّب أحد الشاهدين نفسه، و فى هذا الفرض أيضا يحكم ببطلان الزواج الثانى و ضمان الشاهد الذى كذّب نفسه المهر.

و يشهد لذلک صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر- عليه السلام-: «فى رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنّه طلّقها، فاعتدت المرأة و تزوجت، ثمّ إنّ الزوج الغائب قدم، فزعم أنّه لم يطلّقها و أكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال:

لا سبيل للأخير عليها و يؤخذ الصداق من الذى شهد و رجع، فيرد على الأخير و يفرّق بينهما و تعتدّ من الأخير و لا يقربها الأوّل حتى تنقضى عدّتها» «۲».

و ما قيل من أنّ الدخول من الثانى يوجب المهر عليه، فلا معنى لضمان الشاهدين الراجعين أو الشاهد الذى كذّب نفسه، لا يخرج عن الاجتهاد فى مقابل النص، و قد ثبت الضمان على الغير فى بعض الموارد كمورد التدليس.

نعم، قد يقال انّ الحكم ممّا لا ينبغى التأمّل فيه فى مورد شهادة الزور، و أمّا عمومه فيما إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما و قالا: تعمّدنا، أو قال أحدهما:

تعمّدت، فهذا لا يوجب بطلان الشهادة الأولى و عدم ثبوت الطلاق، خصوصا فيما كان الراجع أحدهما، كما هو مورد صحيحة محمد بن مسلم.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۴۱.

(۲) المصدر نفسه: الحديث ۳: ۲۴۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۲

....

و لكن لا يمكن المساعدة عليه، فإنّه لا مانع من الالتزام بأنّ الحكم فى صورة الشهادة على الغائب بطلاق زوجته كذلک، بلا فرق بين ظهور شهادة الزور فى الشهادة بالطلاق أو اعتراف الشاهدين أو أحدهما بأنّه كان زورا، و حتى مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق اعتمادا

على الشهادة المزبورة.

و لا- يجرى هذا فيما إذا كان شهادتهما مع حضور الزوج أو مع غيابه، و لكن كان رجوع الشاهدين أو أحدهما بدعوى الخطأ و التشكيك فى تلك الشهادة، مع حكم الحاكم بوقوع الطلاق قبل رجوعهما أو رجوع أحدهما.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّه لم يفرض فى الصحيحتين حكم الحاكم بوقوع الطلاق و رفع اليد عن نفوذه فى صورة اعترافهما بالتعمد فى شهادتهما كذبا فضلا عن اعتراف أحدهما بلا موجب، و هذا غير بعيد، و اللّه العالم.

و منها: ما إذا شهد الشاهدان بموت زوجها فاعتدّت ثمّ تزوجت فجائها زوجها، و فى هذه الصورة يحكم ببطلان الزواج الثانى بل حرمتها عليه مؤبّدا.

و فى صحيحة أبى بصير فى امرأة شهد عندها شاهدان بأنّ زوجها مات، فتزوجت، ثمّ جاء زوجها الأوّل قال: «لها المهر بما استحلّ من فرجها الأخير، و يضرب الشاهدان الحد، و يضمنان المهر لها بما غرّا الرجل، ثمّ تعتد و ترجع إلى زوجها الأوّل» «۱».

و لا يفرق فى هذه الصورة حكم الحاكم و عدمه لبطلان الحكم بظهور حياة الزوج، و ضرب الحدّ قرينة واضحة على أنّها ناظرة إلى صورة وقوع الشهادة زورا و عمدا، فلا يستظهر الضمان فى صورة دعوى الاشتباه و الخطأ، خصوصا بملاحظة التعبير فيها عن الضمان بما غرّا الرجل، و أن يقال إنّ هذا التعبير فى نسخة.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۳ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۲.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۳

[فروع]

اشارة

فروع:

[الأوّل: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية]

الأوّل: إذا رجعا معا ضمنا بالسوية، و إن رجع أحدهما ضمن النصف (۱)،

---

(۱) الوجه فى ذلك، أنّه يستفاد ممّا ورد فى شاهد الزور انّ شهادته تسبيب فى إتلاف المال بحسب شهادته، و تقدم أيضا عدم الفرق فى التسبيب للإتلاف بين شهادة الزور و بين الرجوع بعد الحكم، و ذكرنا أنّه يمكن استفادة الضمان بالرجوع بعد الحكم من معتبرة السكونى عن جعفر عن أبيه عن على- عليه السلام- انّ النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلّم قال: «من شهد عندنا ثمّ غيّر أخذناه بالأوّل و طرحنا الأخير» «۱»، حيث إنّ ظاهر أخذ الشاهد بالشهادة الأولى مع تغييره إيّاها بعد الحكم تضمينه.

و على ذلك، فلو كان الثابت بشهادة رجلين و رجعا فعلى كل واحد النصف، و إن رجع أحدهما دون الآخر فعلى الراجع النصف دون الزائد، و لو كان بشهادة رجل و امرأتين و رجع الرجل فعليه النصف و إن رجعت إحداهما فعليها الربع.

و هذا كلّه فيما إذا ثبت المال بالشهادة، و أمّا إذا ثبت بشهادة رجل و يمين المدعى، أو بشهادة امرأتين مع يمينه، فقد يقال فى الفرض

الأوّل: إن رجع الرجل فعليه النصف، و فى الفرض الثانى: إن رجعت المرأتان فعليهما النصف، و إن رجعت إحداهما فعليها الربع، لأنّ ثبوت المال و إتلافه مستند إلى حلف المدّعى و شهادة الرجل، أو إلى حلفه و شهادة المرأتين الّتى تقوم شهادتهما مقام شهادة رجل. و قد يقال بعدم التقسيط على الحلف، بل يكون تمام الضمان على الرجل فى الأوّل و على المرأتين فى الثانى، حيث إنّ المال يثبت بشهادته أو شهادتهما و يمين المدعى شرط فى قبول شهادته أو فى قبول شهادتهما.

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۴: ۲۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۴

و لو ثبت بشاهد و امرأتين فرجعوا، ضمن الرجل النصف و ضمنت كل واحدة الربع، و لو كان عشر نسوة مع شاهد، فرجع الرجل ضمن السدس (۱)، و فيه تردّد.

و لكن ظاهر ما ورد فى ثبوت الدعوى بشاهد و يمين كون ثبوتها بهما معا، و عليه فإن رجع الشاهد يكون عليه النصف.

و أمّا إذا رجع المدّعى فى حلفه فهو اعتراف منه بعدم استحقاقه المال و لو بحسب الظاهر يعنى الحكم الظاهرى فيضمن المال، بل عليه ردّ العين إلى المدّعى عليه أخذا بإقراره، و لا أثر لرجوع الشاهد فى الفرض كما لا يخفى، لأنّ مع اعتراف المدّعى بعدم استحقاقه المال لا ـ تكون شهادة الشاهد إتلافا رجع أم لا ـ و لذا يقال: كل مقام يرجع المدعى فيه يختصّ بضمان ما استوفاه و لا غرم على الشاهد.

(۱) ضمان السدس مبنى على الالتزام بأمرين:

الأوّل: انّ شهادة كل امرأتين تساوى شهادة رجل واحد فيما يقبل شهادة النساء منضمّة إلى الرجل و كنّ النساء أزيد من العدد المعتبر فى قبول شهادتهن مع الرجل، و فى مقابل ذلك من يلتزم بأنّ شهادة مجموع النساء حتى مع كونهن أزيد من العدد المعتبر تساوى شهادة رجل واحد.

الثانى: أن يلتزم مع كون الشهادة أزيد من العدد اللازم فى ثبوت المشهود به، بأنّ الغرم يقسّط على الجميع بحساب شهادتهم، لأنّ الحكم يثبت بشهادة الجميع، و فى مقابل ذلك القول بأنّه لا يثبت الغرم على الراجع فيما لم تكن شهادته معتبرا فى ثبوت المشهود به، فلعدم دخالة شهادته فى ثبوته لا يغرم مع رجوعه.

و إذا بنى على ما ذكر من الأمرين، يلزم فيما شهد رجل مع عشرة نسوة إن يثبت على الرجل مع رجوعه غرم سدس المشهود به، و إن يثبت على كل امرأة ترجع فى شهادتها بعد الحكم غرم نصف سدس المشهود به، و بما أنّ الأمرين كل منهما مورد المناقشة كما نذكر فى الفرع الثانى تردّد فى الغرم بالسدس.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۵

[الثانى: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث]

الثانى: لو كان الشهود ثلاثة ضمن كل واحد منهم الثلث، و لو رجع واحد منفردا، و ربّما خطر انّه لا يضمن لأنّ فى الباقين ثبوت الحق (۱)، و لا يضمن الشاهد

---

(۱) قد يقال كما عن الشيخ و جماعة انّ الشهادة إذا كانت بأكثر ممّا يعتبر فى ثبوت المشهود به، فعلى الراجع بعد الحكم الغرم بحسب

شهادته فى الواقعة، فلو كان ثبوت المال بشهادة ثلاثة رجال فرجع أحدهم بعد الحكم فيضمن ثلث المال، و يستدلّ على ذلك بوجهين:

الأوّل: إنّ الشهادة الزائدة و إن لم تكن معتبرة فى الحكم بثبوت المشهود به إلّا أنّ الحكم بثبوته فعلا مستند إلى شهادة الجميع، و عليه فمن رجع فعليه الغرم بحسب شهادته.

و فيه: إنّ الحكم و إن صدر بعد شهادة الجميع، إلّا أنّ الشهادة الزائدة غير دخيلة فى ثبوته، فالراجع عن شهادته مع كون شهادته زائدة على النصاب لم يتلف على المشهود عليه شيئا.

الثانى: الاستدلال بصحيحة محمد بن مسلم عن أبى عبد اللّه- عليه السلام- فى شاهد الزور ما توبته؟ قال: «يؤدى من المال الّذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه» «۱»، حيث قيل: و لو لم يكن التقسيط بحسب شهادة الشهود أجمع لم يكن فى البين التقسيط بالثلث، فإنّه لا يعتبر فى ثبوت المال شهادة ثلاثة رجال.

و فيه: انّه لا دلالة للصحيحة على التقسيط، فإنّ موردها شهادة الزور،

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۳۹.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۶

ما يحكم به بشهادة غيره للمشهود له، و الأوّل اختيار الشيخ- رحمه اللّه-، و كذا لو شهد رجل و عشر نسوة فرجع ثمان منهن، قيل: كان على كلّ واحدة نصف

و فى مورد شهادة الزور يكون إتلاف المال على المشهود عليه مع عدم بقائه مستندا إلى شهادة الاثنين، و بما أنّه لا تعيين للاثنين يقسّط الغرم على الجميع، و نظيره ما إذا رجع الشهود الثلاثة عن شهادتهم بعد الحكم، فإنّ الغرم على الاثنين منهم، و لكن بما أنّه لا معيّن للاثنين يقسط الغرم على الجميع.

و يترتب على ذلك أنّه لو رجع اثنان منهم بعد الحكم فيغرم الراجعان نصف المال، لأنّ شهادة رجلين هو الموجب للحكم و أحدهما لم يرجع و رجع الآخر، و بما أنّه لا معين لذلك الآخر فيغرمان النصف المزبور.

و لكن يمكن أن يجاب عن المناقشة فى دلالة الصحيحة، بأنّه لو كان ضمان الثلث من هذه الجهة لكان على الإمام- عليه السلام- أن يحكم بضمان شاهدى الزور اللذين شهدتا أوّلا، لا الحكم بضمان الثلث مطلقا حتى فى صورة العلم، بأنّ أى من الشهود شهد أخيرا، و عليه يقوى الحكم بالتقسيط بحسب شهادة الشهود.

و بهذا يظهر الحال فى باقى الفروض و على الجملة تحديد البينة بشاهدى العدل إنّما هو بالإضافة إلى الأقل، نظير تحديد أقلّ الجمع بثلاثة و الزائد على شاهدى العدل مع وجوده يدخل فى البينة، كما يدلّ على ذلك ما ورد فى تعارض البينتين فى بعض الموارد من تقديم بينة يكثر أفرادها على البينة الأخرى.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۷

السدس لاشتراكهم فى نقل المال، و الاشكال فيه كما فى الأوّل (۱).

[الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقا لم ينقض الحكم]

الثالث: لو حكم فقامت بينة بالجرح مطلقا لم ينقض الحكم (۲)، لاحتمال التجدّد بعد الحكم، و لو تعيّن الوقت و هو متقدّم على

الشهادة نقض، و لو كان بعد الشهادة و قبل الحكم لم ينقض.

---

(۱) قد تقدم أنّ فی ضمان الرجل السدس و فی ضمان کل امرأة نصف السدس اشکالا آخر غیر اشکال التقسیط، و هو بما أنّه یعتبر فی سماع شهادتهن انضمام الرجل فیثبت بشهادة الرجل نصف المال و یقسّط نصفه الآخر علی شهادتهن بناء علی التقسیط، فیکون علی کل امرأة ترجع عن شهادتها نصف عشر المال.

و علی الجملة فلم تنزل شهادة الرجل منزل شهادة المرأتین فما زاد لیکون علیه سدس المال، بل المرأتین فما زاد نزلت شهادتهما منزلة شهادة رجل واحد.

(۲) مراده- قدّس سرّه- إذا قامت بینة بفسق الشاهدین اللذین صدر الحکم بشهادتهما و کانت البینة القائمة بعد الحکم مطلقة، یعنی لم یعین أنّهما کانا فاسقین عند شهادتهما لم ینقض الحکم، لاحتمال حدوث فسقهما بعد الحکم، فلم یظهر الخلل فی میزان الحکم الصادر.

و کذا الحال فیما عیّنا فسقهما بعد أداء شهادتهما و قبل الحکم، لما تقدم من أنّ طریان الفسق علی الشاهد بعد أداء شهادته لا یضرّ بالحکم، حیث إنّ المعتبر عدالة الشاهد عند أداء شهادته.

نعم، إذا شهدت البینة بفسقهما حال أداء شهادتهما أو فسق أحدهما فی تلک الحال نقض الحکم، لقیام البینة بأنّ الحکم لم یکن بمیزان القضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۸

و إذا نقض الحکم فإن کان قتلا أو جرحا فلا قود (۱)، و الدیة فی بیت المال، و لو کان المباشر للقصاص هو الولی، ففی ضمانه تردّد، و الأشبه أنّه لا یضمن، مع حکم الحاکم و اذنه، و لو قتل بعد الحکم و قبل الاذن ضمن الدیة.

و دعوی انّ المیزان فی القضاء عدالة شاهدی البینة عند أداء الشهادة واقعا أو ظاهرا و لا یعتبر خصوص العدل الواقعی، فلا یکون قیام البینة بفسقهما حال أدائهما الشهادة مضرا بصحّة الحکم الصادر لا یمکن المساعدة علیها، فإنّ الاکتفاء بالعدل الظاهری نظیر الاکتفاء بإحراز الشرط بالحکم الظاهری فی سائر الموارد، و لا یسقط فی تلک الموارد واقع الشیء عن الشرطیة کما هو الحال فی المقام أیضا، فإنّه مقتضی الخطابات الواردة فی عدم قبول شهادة الفاسق و شارب الخمر أو غیره.

و دعوی أنّ الظفر بالبینة بعد الحکم لا یوجب نقض الحکم، فکیف یکون الظفر بالبینة الجارحة موجبا له لا یمکن المساعدة علیها، فإنّ البینة التی لا یفید الظفر بها بعد الحکم هی بینة المدعی بدعواه، فإنّه إذا لم یقم البینة و طالب الخصم بالیمین و حلف علی نفی دعواه فلا- یفیده الظفر بها بعد الحکم، کما تقدم فی بحث القضاء، و تقدم أیضا عدم جواز نقضه فیما إذا تبدل رأی القاضی و اجتهاده، فإنّه لا یجوز له و لا لقاض آخر نقض الحکم الصادر من قبل.

(۱) ثمّ إنّه إذا نقض الحکم عند تبیّن فسق الشهود أو قیام البینة الجارحة و قد استوفی الحکم، فإن کان الاستیفاء بالقتل و الجرح و القطع، سواء کان بعنوان الحد أم القصاص، فلا قصاص سواء کان المستوفی هو الحاکم أم غیره، و سواء کان الغیر ممّن وکّله الحاکم أم الولی أو من وکّله الولیّ، حیث إنّ القصاص و القود یثبت علی من جنی عمدا و ظلما، و المفروض عدم تحقق ذلک.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۰۹

و امّا لو کان مالا فإنّه یستعاد ان کانت العین باقیة، و ان کانت تالفة فعلی المشهود له، لأنّه ضمن بالقبض بخلاف القصاص، و لو کان معسرا

نعم، إذا كـان القطع أو القتل فى الحـد يثبت الديـة على بيت المال، و كـذلك القصاص فيما إذا كان بأمر الحاكم و اذنه كما إذا كان ولىّ الـدم أو المجنى عليه قاصـرا، و ذلـك فإنّ بيت المـال معـدّ لمصالـح المسـلمين و الديـة فى المقـام منها، حيث لا يمكن أن يقال بضمان الحاكم أو من وكّله، فإنّ ذلك ينجرّ إلى سدّ اجراء الحدّ و ترك الحكم بالشهادة أو استيفاء الحقوق.

مضافا إلى ما ورد فى رواية الأصبغ بن نباتة قال: قال: أمير المؤمنين- عليه السلام-: «ان ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين» «۱»، و نحوها ما رواه الكلينى فى الموثّق عن أبى مريم عن أبى جعفر- عليه السلام- قال:

«قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- انّ ما أخطأت به القضاة فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين» «۲».

و أمّا إذا كان قصاصا استوفاه الولى، فعن الماتن- قدّس سرّه- إن كان استيفاء الولى بإذن الحاكم فعلى بيت المال و إلّا كان فى ماله.

و لكن الأظهر عـدم الفرق بين إذن الحـاكم و عـدمه، حيث وظيفـة الحـاكم الحكم بثبوت القصـاص للولى و استيفـائه أو العفو عنه أو المصالحة بالدية، فهذا كلّه للولى، و إذا اختار القصاص و انكشف الخطأ فلا موجب لضـمان غيره، بل ما دل على أنّ على الجانى خطأ الدية يعم الولى.

و على الجملة، إذن الحاكم فى الاستيفاء غير شرط فى القصاص و أمره

---

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۰ من أبواب آداب القاضى، الحديث ۱: ۱۶۵.

(۲) الوسائل: ۱۹، الباب ۷ من أبواب دعوى القطع، الحديث ۱: ۱۱۱.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۰

قال الشيخ: ضمن الإمام و يرجع به على المحكوم له إذا أيسر، و فيه اشكال من حيث استقرار الضمان على المحكوم له بتلف المال فى يده، فلا وجه لضمان الحاكم.

موكول إلى الولى، فلا موجب لضمان الحاكم و لو بمعنى إعطاء الدية من بيت المال.

لا يقال: عموم ما دلّ على ما أخطأت القضاة فى دم أو قطع فعلى بيت مال المسلمين يشمل صورة استيفاء الولى أو وكيله.

فإنّه يقال: مع أنّه يمكن أن يقال: إنّ ذكر القطع و عدم ذكر الجرح قرينة على اختصاصه بالحد، إنّ الروايتين لضـعف سندهما تأييد لما ذكرناه.

من القرينة على عدم ضمان الحاكم أو وكيله و المقدار المتيقن من ضمان بيت المال ما ذكرناه و مما ذكرنا يظهر عدم المجال لدعوى انجبار ضعفهما بعمل الأصحاب، و الوجه فى عدم المجال أنّ عملهم لعلّه كان بتلك القرينة.

و أمّا لو كان المشهود به مالا فمع بقائه تستعاد العين و مع تلفه فى يد المشهود له يكون عليه ضمانه حيث تلف مال الغير بيده.

نعم، لو جرت يد القاضـى أو وكيله على المال فلا يبعد جواز رجوع المشهود عليه على القاضى، و يكون ضمانه على بيت المال و بعد أدائه يرجع إلى من تلف المال بيده لاستقرار الضمان عليه، على ما ذكر فى قاعدة تعاقب الأيدى على مال الغير، فإنّ الضمان و إن كان على كلّ من جرت يده على العين إلّا أنّ استقراره على من تلفت فى يده.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۱

[مسائل]

اشارة

مسائل:

[الأولى: إذا شهد اثنان انّ الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث]

الأولى: إذا شهد اثنان انّ الميت أعتق أحد مماليكه و قيمته الثلث، و شهد آخران أو الورثة انّ العتق لغيره و قيمته الثلث، فان قلنا: المنجزات من الأصل، عتقا (۱)، و ان قلنا: تخرج من الثلث، فقد انعتق أحدهما، فإن عرفنا السابق صحّ عتقه، و بطل الآخر، و ان جهل استخرج بالقرعة، و لو اتفق عتقهما في حالة واحدة، قال الشيخ: يقرع بينهما بعتق المقروع، و لو اختلفت قيمتهما أعتق المقروع، فإن كان بقدر الثلث صحّ و بطل الآخر، و إن كان أزيد صحّ العتق منه في القدر الذي يحتمله الثلث، و ان نقص أكملنا الثلث من الآخر.

[الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد من ورثته عدلان انّه رجع عن ذلك و أوصى لخالد]

الثانية: إذا شهد شاهدان بالوصية لزيد، و شهد من ورثته عدلان انّه رجع عن ذلك و أوصى لخالد، قال الشيخ: يقبل شهادة الرجوع (۲)، لأنّهما لا يجرّان نفعا، و فيه اشكال، من حيث انّ المال يؤخذ من يدهما، فهما غريما المدعي.

---

(۱) هذا فيما إذا احتمل عتق كل منهما، و مع العلم بأنّه لم يعتق إلّا أحدهما فيقرع في المعتق، كما يستفاد ذلك من بعض ما ورد في اختلاف البينتين و ما إذا تردّد المعتق بين المتعدّد.

و كذلك الحال فيما لو قيل بأنّ منجزات المريض من الثلث فإنّه بناء عليه يرجع في تعيين المعتق إلى القرعة، مع عدم إحراز تقدم عتق أحدهما، و إلّا صحّ عتقه و بطل عتق الآخر، و لو أعتقهما معا فلا يبعد الحكم بصحة العتق في بعض كل منهما بحساب ثلث المولى المعتق.

(۲) لو كان الموصى به عينا في يد غير الوارث فشهادة الورثة برجوع الموصى عن وصيته و وصيته تلك العين لخالد مسموعة كشهادة غيرهم، و لا تكون الورثة في الفرض المدعى عليه بالإضافة إلى العين الموصى بها، لعدم كونها بيدهم حتى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۲

[الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى لعمرو]

الثالثة: إذا شهد شاهدان لزيد بالوصية، و شهد شاهد بالرجوع و انه أوصى لعمرو، كان لعمرو أن يحلف مع شاهده (۱)، لأنّها شهادة منفردة لا تعارض الأولى.

يجب عليهم دفعها إلى الموصى له، بل التكليف يتوجه إلى الوصي و من بيده العين.

نعم، إذا كانت العين بيدهم فهم المدعى عليهم بالإضافة إلى دعوى زيد، فشهادتهم برجوع الموصى عن وصيته العين له لا تسمع.

و كذا الحال فيما إذا كان الموصى به مشاعا في التركة التي بيد الورثة كلّا أو بعضا، و قد تقدم اعتبار الشاهد في ثبوت الدعوى و كونه من غير أطراف المخاصمة.

(۱) إذا شهد اثنان بأنّ الموصى أوصى العين لزيد و شهد عدل آخر أنّه قد رجع عن تلك الوصية و أوصاها ثانيا لعمرو، يجوز العمرو

أن يحلف مع ذلك الشاهد العدل على أنّه رجع عن وصيته و أوصى العين له.

و ما ذكرنا سابقا من أنّ الشاهد العادل و حلف المدعى لا يفيد شيئا فى مقابل البينة لا يجرى فى المقام، فإنّ ما ذكرناه يختصّ بصورة تعارض البينة مع شاهد عدل و يمين المدعى، و فى المقام لا تعارض بينهما، حيث إنّ ما شهدت به البينة لزيد وصية العين له، و هذا لا ينافى رجوع الموصى عن تلك الوصية و وصيته العين لآخر، كما يشهد به الشاهد الآخر.

و بما أنّ دعوى المال تسمع و تثبت بشهادة عدل مع يمين المدعى، فإن حلف عمرو يحكم بأنّ العين له حيث يثبت الرجوع، و إلّا يحكم ببقاء الوصية الأولى و إنّ العين لزيد، و لكن قد تقدم فى بحث القضاء إنّ مثل هذا الحكم حكم ظاهرى لا قضاء.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۳

[الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران انّه رجع عن إحداهما]

الرابعة: لو أوصى بوصيتين منفردتين، فشهد آخران انّه رجع عن إحداهما، قال الشيخ: لا يقبل (۱) لعدم التعين، فهى كما لو شهدت بدار لزيد أو لعمرو.

---

(۱) الظاهر انّ الشيخ- قدّس سرّه- يعتبر فى سماع البينة تعيين المشهود به، فالمشهود به بلا تعيين لا يثبت بالبينة كما لا تسمع الدعوى بلا تعيين المدعى عليه، بأن يدّعى أنّه أمّا يطالب زيدا بكذا أو عمرا، أو يقول انّه يطالب زيدا بالدار الفلانى أو بالمال على عهدته، و بتعبير آخر لا تسمع البينة مع عدم تعيين المشهود عليه و لا مع عدم تعيين المشهود به.

و قد يقال: أنّه لا يعتبر التعيين، غاية الأمر يرجع فى تعيين المشهود به إلى القرعة، أخذا بما دلّ على اعتبارها فى إخراج الحق و المحقّ، و احتمل الرجوع إلى القسمة بأن يؤخذ من كل من الوصيتين بنصفها.

أقول: إن كان المراد تعيين الوصية المرجوع فيها فى مقام القضاء لا- يكون بالبينة المزبورة، كما إذا ادعى الورثة على الوصى أو الموصى له، بأنّ الموصى قد رجع فى الوصية الفلانية، و لكن شهدت بيّنتهم برجوعه فى إحدى الوصيتين من غير تعيين لما يدعيها الورثة، فلا يثبت بها دعوى الورثة و لا بالقرعة المنضمة إليها، لأنّ الدعوى تثبت بالبينة و المفروض أنّها لم تقم بها و القرعة لا تثبت الدعوى فهو صحيح.

و إن كان المراد أنّ البينة المزبورة غير معتبرة فى مقام تعيين الوظيفة على الوصى أو الورثة، فهو غير صحيح، لأنّه بعد ثبوت رجوع الموصى عن احدى الوصيتين يؤخذ بالقرعة فى تعيينهما، كما إذا صرّح الموصى برجوعه عن إحداهما من غير تعيين منه عند رجوعه، أخذا بالإطلاق الوارد فى بعض رواياتها كما تقدم سابقا.

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۴

[الخامسة: إذا ادعى العبد العتق و أقام بيّنة]

الخامسة: إذا ادعى العبد العتق (۱) و أقام بيّنة تفتقر إلى البحث و سأل التفريق حتى تثبت التزكية، قال فى المبسوط: يفرّق و كذا لو أقام مدّعى المال شاهدا واحدا و ادّعى أنّه له آخر و سأل حبس الغريم، لأنّه متمكّن من إثبات حقّه باليمين، و فى الكلّ إشكال، لأنّه تعجيل للعقوبة قبل ثبوت الدعوى.

و أمّا الرجوع إلى القسمة فلا دليل عليه فى المقام بدعوى قاعدة العدل و الإنصاف، حتى فيما إذا تردّد الموصى له بين شخصين، فإنّ تلك القاعدة لم تثبت بعنوان القاعدة، نعم ورد القسمة فى بعض صغرياتها كتلف الوديعة و نحوها، و التقسيط فى مورد الوصية فيما إذا كانت الوصايا متعددة و قصر الثلث عن الوفاء بها فى غير الموارد التى تثبت فيها تقديم بعضها.

(۱) المراد إنّه إذا ادّعى العبد عتقه و أقام شاهدان على دعواه بحيث يحتاج الحكم بعتقه بشهادتهما إلى تزكيتهما و سأل العبد القاضى أن يفرّق بينه و بين مولاه حتى تثبت تزكية شاهديه.

قال الشيخ- قدّس سرّه- يفرّق، و ذكر فى المسالك فى وجه وجوب الإجابة بأنّ العبد قد عمل بما هو وظيفته و التزكية تكليف الحاكم، لأنّ الأصل العدالة حتى يثبت الجرح، و لأنّ مدعى العتق ربّما تكون أمة فعدم التفريق بينها و بين مولاها ضرر عليها، لأنّ المولى ربّما يقدم إلى مواقعتها أو إلى غيرها.

و لكن لا يخفى ما فيه، فإنّ اعتبار الشهادة يحتاج إلى تزكية الشاهدين و لم تثبت و انّ الأصل العدالة لا أساس له.

و على الجملة سؤال التفريق فى الفرع كسؤال الحبس فى الفرع الثانى، و هو ما إذا أقام المدّعى شاهدا على دعوى المال على الغير و ادّعى أنّه له شاهدا آخر و سأل الحاكم حبس غريمه، فإنّه قيل بوجوب الإجابة على الحاكم، لأنّ المدّعى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۵

....

يتمكن على إثبات دعواه بضمّ يمينه إلى شاهده، و لكن القول المزبور غير صحيح، لأنّه من العقوبة قبل ثبوت الدعوى.

نعم، يجوز فى بعض الموارد لبعض الخصوصيات حبس الغريم، و هذا أمر آخر و بعنوان آخر كما تقدم فى بحث القضاء ثمّ إنّه قد ألحق بالمسائل المتقدمة مسائل أخرى.

و ذكر فى السادسة منها:

انّ المصرّح به فى كلام العلّامة و بعض آخر عدم الفرق فى الضمان بين شهود الدعوى و شهود التزكية، فلو زكّى اثنان شهود الزنا و كان تزكيتهما بنحو التعمّد بالكذب، و علم ذلك بعد قتل المشهود عليه بالزنا يكون الضمان على المزكين، نعم لا يقتص منهما بل يؤخذ منهما الدية لأنّ الثابت من القصاص عن الشاهد ما إذا ظهر كذب الشاهد بالزنا أو اعترافه بالكذب فى شهادته به.

و على الجملة القصاص فى مورد كذب الشاهد فى شهادته بموجب القتل أو اعترافه بالتعمّد فى شهادته به من غير علم، و هذا لا يجرى فى شاهدى التزكية لاحتمالهما صدق شهود الزنا و إنّما كذبا فى شهادتهما بتزكية الشهود و الحكم بضمانهما الدية لبعض ما ورد فى ضمان الدية من أنّه لا يذهب دم المسلم هدرا، و لو فرض فى مورد علمهما بكذب شهود الزنا فى شهادتهم على المشهود عليه فلا يبعد ثبوت القصاص فى شهادتهما بتزكية شهود الزنا كذبا لاستناد القتل إلى تعمّدهما فى شهادتهما بالتزكية زورا.

ثمّ هل يؤخذ من المزكيين مع ظهور كذبهما فى التزكية أو رجوعهما عن شهادتهما تمام الدية أو نصفها، فقد يقال بأخذ النصف لأنّ القتل يستند إلى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۶

....

شهود الزنا و شاهدى التزكية فشهادتهما معا كشهادة رجل واحد فيما يكون ثبوته بشهادة رجلين.

أقول: مقتضى ما ذكروه فيما ثبت بشهادة رجل و عشرة نسوة من التقسيط المتقدم أن يكون الدية الثابت على المزكيين ثلثا لا نصفا، لأنّ قتل المشهود عليه لشهادة ستة أربعة بالزنا و اثنان بعدالتهم، اللّهم إلّا أن يقال باختلاف المشهود به فى المقام دون ما تقدم.

و كيف ما كان فلو لم يظهر كذب شهود التزكية فى شهادتهم بتزكية الشهود و لم يرجع واحد منهم عن شهادته بالتزكية بل ظهر فسق شاهدى التزكية فالضمان على بيت المال كما تقدم فى فرض ظهور فسق شهود الواقعة.

المسألة السابعة:

لو شهد أربعة بالزنا و اثنان بالإحصان فرجم ثم رجع شهود الإحصان اقتصّ منهما إن اعترفا بالتعمّد و إن قالا أخطأنا تؤخذ منهم الدية على نحو التقسيط الآتى، و إن اقتصّ منهما يرد على وليّهما بقدر نصيب شهود الزنا من الدية، كما أنّه لو رجع شهود الزنا، فإن قالوا: تعمّدنا، اقتصّ منهم، و يردّ على وليّهم بقدر ما على شاهدى الإحصان على تقدير رجوعهما و قولهما: أخطأنا.

و لو رجع الجميع يكون الضمان على الجميع قصاصا أو دية لاشتراكهم فى التسبيب إلى القتل على قرار ما تقدم فى شاهدى التزكية من التسبيب، فيحتمل أن يكون الضمان فيما لو قالوا أخطأنا على الكلّ بالسوية، كما يحتمل أن يكون الضمان على شاهدى الإحصان بالنصف و على شهود الزنا بالنصف الآخر.

و على ذلك فلو كان اثنان من شهود الزنا شاهدى الإحصان فرجع

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۷

....

كلّهم يكون الضمان على شهود الإحصان بثلاثة أرباع الدّية، على القول بالنصف ربعان لشهادتهما بالإحصان و الربع لشهادتهما بالزنا مع رجوعهما عن شهادتهما بالإحصان و الزنا كما هو الفرض، و يكون على الشاهدين الآخرين ربع الدية، و على القول بالتسوية يكون على شاهدى الرجوع ثلثا الدية و على الآخرين من شهود الزنا ثلثها الباقى لأنّ القتل كأنّه وقع بفعل ستة أشخاص.

و يحتمل أن يكون لكل من الشهود الأربعة ربع الدية، لأنّ الجناية من شهود الإحصان و إن تعدّد إلّا أنّ الدية لا تقسّط على الجناية بل على الرؤوس، كما إذا قتلا شخصا أحدهما ضربه ضربتين و الآخر ضربة واحدة فمات بسبب الضربات الثلاث.

المسألة الثامنة:

إذا رجع المعرفان عن الشهادة بعد حكم الحاكم، كما إذا شهد أعميان عند الحاكم بأنّ زيد بن خالد اقترض من عمرو كذا، و شهد المعرفان بأنّ زيد بن خالد المدّعى عليه هو الذى أحضره المدّعى، ثمّ رجعا عن شهادتهما و قالا: شككنا فى المشهود عليه فى شهادة الأعميين هل هو هذا أو غيره، غرّما المال المأخوذ من المدّعى عليه الحاضر، فهل يضمنان نصفه أو تمامه.

و وجه ضمان النصف أنّ المال المأخوذ من الحاضر بشهادة الشاهدين و المعرفين معا، و مقتضى ذلك ضمان المعرفين النصف و الأصل برأيه ذمتهما عن ضمان النصف الآخر، و لا يعارض لأصالة براءة ذمة الأعميين لأنّهما لم يرجعا عن شهادتهما، و وجه ضمان الكل أنّ الموجب لتمام شهادة كل من الأعميين و صيرورتها شهادة على الحاضر حصل بالمعرفين، فيستند الإتلاف على الحاضر إليهما لا إلى

أسس القضاء و الشهادة، ص: ۶۱۸

....

الشاهدين بالدين.

و لا يخفى أنّ الصحيح هو الثانى، فيما إذا اعترف المعرف الراجع بصحة شهادة الشاهدين، و مع عدمه يكون عليه غرم ربع المال و لذا لو رجع المعرفان و الشاهدان يتعين القول بالتقسيط على الجميع.

المسألة التاسعة:

إذا ثبت الحكم بشهادة شاهدى الفرع على كل من شاهدى الأصل ثمّ رجعا عن شهادتهما، فيضمن الفرع برجوعهما فى شهادتهما، و إذا حضر شاهدا الأصل و لم يكذبا شاهدى الفرع فى رجوعهما فالضمان على الفرع بلا كلام، و أمّا إذا كذّباهما فى رجوعهما بأن قالا: شهادة شاهدى الفرع كانت صحيحة، فقد يقال:

إنّ رجوعهما كالعدم فى عدم كونه موجبا لضمانهما، فانّ تكذيب الأصل شهادة بأنّ شاهدى الفرع لم يتلفا على المشهود عليه مالا.

و فيه: انّ البينة لا تعتبر مع الإقرار فالراجع معترف بأنّه بشهادته أتلف المال على المشهود عليه فيؤخذ به ما لم يعلم وجدانا خلافه و مع البينة، خصوصا مع عدم اعتبارها لا يعلم الخلاف كما هو الحال فى كل بيّنة ينفيها إقرار المقرّ.

و كيف ما كان، فلو شهد كل من شاهدى الفرع بشهادة كل من الأصل، ثمّ رجعا ضمن كل من شاهدى الفرع نصف المال لأنّهما معا بشهادتهما أتلفا على المشهود عليه كل المال، و لو رجع كل من الفرعين عن الشهادة بأحد الأصلين أى بالمعين من شاهدى الأصل ضمن كل منهما ربع المال لأنّ رجوعهما معا بمنزلة رجوع أحد الأصلين. و ما فى الجواهر من احتمال ضمان جميع المال لكون رجوعهما كرجوع الأصلين لم يعلم وجهه.

....

و لكن إذا رجع أحد الفرعين عن الشهادة بشهادة أحد الأصلين و الآخر من الفرعين عن الشهادة بشهادة الأصل الآخر ضمنا كل المال لأنّهما برجوعهما كذلك قد أوجدا الخلل فى شهادة كل من الأصلين حيث لا تثبت شهادة أى من الأصلين إلّا بشهادة الفرعين على كل منهما.

و لكن لا يخفى أنّ الموجب لضمان الشاهد إتلاف المال على المشهود عليه بشهادته، و فى المفروض كل من شاهدى الفرع و ان تلف على المشهود عليه نصف المال إلّا أنّه ليس إتلافه بانفراده بل منضما إلى شهادة صاحبه الذى لم يعترف بإتلافه لعدم رجوعه عن تلك الشهادة التى رجع عنها الفرع الآخر.

المسألة العاشرة:

قد تقدم حرمة شهادة الزور و يعزّر مرتكبها و ارتكابها كترك الشهادة و كتمانها فى مقام وجوب الأداء من الكبائر، كما ورد فى صحيحة عبد العظيم الحسنى الواردة فى الكبائر، و تزيد على الكتمان بكونها كذبا، حيث ورد فيها: «و شهادة الزور و كتمان الشهادة، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول وَ مَنْ يَكْتُمْها فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ» «۱».

و فى موثقة سماعة: «شهود الزور يجلدون حدا ليس له وقت» «۲»، و نحوها رواية عبد اللّه بن سنان «۳»، و فى معتبرة غياث بن إبراهيم: «إنّ عليا- عليه السلام- كان إذا أخذ شاهد الزور، فإن كان غريبا بعث به إلى حيّه، و إن سوقيا بعث به إلى سوقه فطيف به، ثمّ يحبسه أيّاما ثمّ يخلى سبيله» «۴»، و قد تقدم فى صحيحة

---

(۱) الوسائل: ۱۱، الباب ۴۶ من أبواب جهاد النفس، الحديث ۲: ۲۵۳، و الآية فى البقرة: ۲۸۳.

(۲) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۱: ۲۴۴.

(۳) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۲: ۲۴۴.

(۴) المصدر نفسه: ۱۸، الباب ۱۵ من أبواب الشهادات، الحديث ۳: ۲۴۴.

....

محمد بن مسلم «۱» و صحیحة جمیل «۲» ضمانه ما أتلف علی المشهود علیه بشهادته.

و کتمان الشهادة فی مقام وجوب أدائها، کما تقدم فی بحث وجوب الأداء، و ان کان محرما إلّا أنّه لا یوجب ضمان المال، لأنّ الضمان مستفاد ممّا ورد فی شاهد الزور و الکاتم بترک الشهادة لا یدخل فیه و إتلاف الحق أو المال لا یستند إلی ترک الشهادة، فإنّ الحکم من الحاکم یستند إلی غیره من البینة أو الحلف کما لا یخفی، إلی هنا انتهی ما أوردناه من مباحث الشهادات.

(۱) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۱: ۲۳۸.

(۲) الوسائل: ۱۸، الباب ۱۱ من أبواب الشهادات، الحدیث ۲: ۲۳۸.

تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، در یک جلد، دفتر مؤلف، قم - ایران، اول، ه ق

تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ ُبنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... َ یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنَادِرُ البِحار – فی تلخیص بحار الأنوار، للعلّامة فیض الاسلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آباذی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهِم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلّاب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشُّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ – فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثـّلاثيّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّكة و... الأماكن الدينيّة، السياحيّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی" القائميّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضيّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمريّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعيّة، الاخلاقيّة و الاعتقاديّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسيم النظام التلقائیّ و اليدویّ للبلوتوث، ويب كشك، و الرّسائل القصيرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراكزَ طبيعيّة و اعتباريّة، منها بيوت الآيات العِظام، الحوزات العلميّة، الجوامع، الأماكن الدينيّة كمسجد جَمكرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفيذ مشروع" ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِكين فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعليميّة عموميّة و دورات تربية المربّی (حضوراً و افتراضاً) طيلةَ السَّنَةِ

المكتب الرّئيسیّ: إيران/أصبهان/ شارع"مسجد سيّد/ "ما بينَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بناية"القائميّة"

تاريخ التأسيس: ۱۳۸۵ الهجريّة الشمسيّة (=۱۴۲۷ الهجرية القمريّة)

رقم التسجيل: ۲۳۷۳

الهويّة الوطنيّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاكس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مكتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاريّة و المَبيعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمين ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

الميزانيّة الحاليّة لهذا المركز، شـَعبيّة، تبرّعيّة، غير حكوميّة، و غير ربحيّة، اقتُنِيَت باهتمام جمع من الخيّرين؛ لكنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزايد و المتّسِعَ للامور الدّينيّة و العلميّة الحاليّة و مشاريع التوسعة الثّقافيّة؛ لهذا فقد ترجّی هذا المركزُ صاحِبَ هذا البيتِ (المُسمَّی بالقائميّة) و مع ذلك، يرجو مِن جانب سماحة بقيّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللّهُ تعالی فرَجَهُ الشَّريفَ) أن يُوفّقَ الكلَّ توفيقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم – إيّانا فی هذا الأمر العظيم؛ إن شاءَ اللّهُ تعالی؛ و اللّهُ ولیّ التوفيق.


مركز
القائمية
اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
www
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٠٩